JACOBI FRIDERICI LUDOVICI,

J. U. D. PP. & Fac. Jur. Adſeſſ.

USUS PRACTICUS DISTINCTIONUM JURIDICARUM

JUXTA

ORDINEM DIGESTORUM ADORNATUS.

PARS II.

Libros à XIV. usque-ad XXIIX. complectens.

EDITIO II.

Auctior & emendatior.

HALÆ MAGDEBURG.
Sumptibus ORPHANOTROPHEI.

Typis JOHANNIS GRUNERI, Acad. Typ.
ANNO M DCCX.



Uſus Practici Diſtinctionum Juridicarum

PARS II.

LIBRI XIV. Digeſtorum Tit. I. & III.

E EXERCITORIA ET INSTITORIA ACTIONE.

DISTINCTIO I.

Inter actionem *exercitoriam* & *inſtitoriam*.

QUod objecto differant, quoniam ſcilicet exercitoria ad maritimam, inſtitoria autem ad terreſtrem negotiationem pertinet, illud adeo magnam utilitatem non habet. um in eo uſus ſeſe exerit non contemnen-, quod *exercitoria* locum habeat contra ·citorem ex facto Magiſtri ſubſtituti, quam- exercitor ſubſtitutionem hanc expreſſe hibuiſſet, *l. 1. §. 5. ff. de exerc. act.* ubi illud ıſtitoria negatur, ob utilitatem, ut dicitur,

 navi-

ate potius regulæ inhærendum eſſe putarem, i cujus illi ſubſtituendi facultas non permititur, cujus perſonæ induſtria electa fuit.

Porro adducitur *l. 5. §. 17. ff. de inſtit. act.* 1 qua lege dicitur, *quod heres, qui eodem inſtiore utitur, quem defunctus præpoſuerat, actione tiam inſtitoria teneatur, licet quis ante aditam heeditatem cum illo inſtitore contraxiſſet.* Bene. ed quid hoc ad quæſtionem propoſitam?

Denique provocatur ad *arg. l. 8. §. 3. Manat.* ubi procuratori extrajudiciali alium ſubituere permittitur; ſed huic legi obſtat *l. 15. . 2. ff. de diverſ. temp. præſcript.* quæ expreſſis erbis contrarium diſponit. Si antinomia oncedenda eſſet, tunc *l. 8. §. 3. Mand.* tanuam a regula ante ſuppeditata recedens reci deberet; ſed ne alios vocabulo *antinomiæ* ritemus, retinebimus communem conciliatinem, quod *d. l.* de eo caſu ſaltem intelligena ſit, *ubi res eſt minimi præjudicii,* vid. Dion. iothofr. *ad d. l.* Tholoſan. *Syntagm. jur. univ.* 49. *c. 4. num. 6.* Salycetus *ad d. l. 8. §. 3. ff. Landati,* qui hanc materiam fuſius perſequiır. Sed hac ratione iterum parum accedet pinioni contrariæ. Nam res Mercatorum plurimum maximi ſunt momenti.

Quid ergo manet? hoc ſcilicet. Magier indiſtincte ſubſtituit, ſive hoc ipſi periiſſum, ſive prohibitum fuerit; Inſtitor auem nunquam ſubſtituit, niſi hoc ipſi expreſſe ermiſſum, aut res minimum præjudicium inolvat.

DISTINCTIO II.

Inter *Verum* & *quaſi* Inſtitorem.

Hic nullam deprehendo utilitatem, præterquam, ut terminos intelligamus. *Verus* inſtitor vocatur, cui omnia; *quaſi* inſtitor, cui unum ſaltem negotium ad mercaturam pertinens eſt commiſſum, *v. l. 13.* §. *25. ff. de act. emt.* Inſtitorum varias ſpecies vid. in *l. 5.* §. 1. *ſeqq. ff. de inſtit. act.* In effectu autem eodem modo præponens tam ex veri, quam ex quaſi inſtitoris contractibus tenetur. Dixi: ex *contractibus.* Nam ut verus ſive quaſi Inſtitor *delinqueret*, hoc præponens voluiſſe non cenſetur. Graviter quidem obſtare videtur *l. 5.* §. *6. ff. de inſtit. act.* ubi dicitur, quod *libitinarius*, id eſt, mortuorum ſepulturæ præpoſitus, (vid. Gothofred. *ad cit. l.*) etiam tunc obligetur, ſi *pollinctor* mortuos ſpoliaverit. Sed ibi expreſſe JCtus de *ſervo* pollinctore loquitur, propter cujus delicta convenitur quidem Præponens, ſed ex ſpeciali ratione dominii, quæ actio propterea magis eſt ſpecies actionis noxalis, quam inſtitoriæ, vid. Illuſtr. Dn. Stryk *in not. ad Lauterbach. tit. de inſtit. act. verb. obſtat. lib. 5.*

LIB. XIV. TIT. IV.
De Actione Tributoria.

DISTINCTIO I.
ıter actionem Tributoriam ex *contractu* & ex *dolo* Domini, vel Patris orientem.

HAnc diſtinctionem apud paucisſimos deprehendere licuit, plurimi enim, imo omnes fere, unam ſaltem eamque aıonem tributoriam ſimplicem agnoſcunt, niſi ıod B. Brunnemannus *in Comm. ad l. 7. §. 2. h. t.* quorundam mentionem injiciat, qui tionem tributoriam de dolo actioni ſimplici quam *in factum* quoque appellare poſſes) conadiſtinguant. Interim liquido apparet hæc ıſtinctio ex textibus juris. Primo provoco l §. *3. J. quod cum eo*, ubi ita dicitur: *Namque ſervus in peculiari merce ſciente Domino negotietr, & quid cum eo ejus rei cauſa contractum erit: a Prætor jus dicit, ut quidquid in his mercibus it, quodque inde receptum erit, id inter Domium, ſi quid ei debetur & ceteros Creditores pro ıta portione diſtribuatur; & ideo tributoria vouur.* Hactenus de actione tributoria ad *ſuipiendam* diſtributionem mercis peculiaris, ıuæ eſt ex contractu. Pergit porro Imperaor: *Nam ſi quis ex Creditoribus queratur, quaſi minus*

minus ei tributum ſit, quam oportuerit, hanc ei a-ctionem adcommodat, quæ tributoria appellatur. Habes actionem tributoriam ex delicto, quæ ad *corrigendam* iniquam diſtributionem mercis peculiaris competit. Deinde addi quoque poſſunt *l. 1. §. 3.* & *l. 7. §. 2. & 3. ff. h. t.* quarum prior de actione ex contractu, poſterior de ea, quæ ex delicto oritur, itidem non obſcure loqui videtur.

Uſus in eo ſe exerit, quod actio tributoria *ad corrigendam* diſtributionem non detur adverſus heredes, niſi quatenus ad eos pervenit, quia eſt ex delicto, *l. 7. §. 5. ff. h. t. l. 9. §. 2. eod.* at vero ea, quæ diviſionem *ſuſcipiendam* urget, contra heredes etiam competit, quia ex contractu naſcitur, quod ex vulgaribus principiis facile patet.

His notatis, facile patet confuſa doctrina eorum, qui actionem tributoriam ſimpliciter ex contractu naſci aſſerunt, vid. Lauterb. *h. t.* Struv. *Ex. 20. th. 43.* & quare Lauterbach ſtatuere coactus fuerit, *quod hac actio exorbitantem naturam a Pratore acceperit*, quia ſcilicet ille ſuppoſuerat, fundamentum ejus unice in contractu ſervi vel filiifamilias quærendum eſſe, unde comprehendere non poterat, quare hæc actio ſaltem detur *de eo quod pervenit*, cum tamen alias actiones ex contractibus ſine reſpectu, utrum quid pervenerit, annon, adverſus heredes extendantur. Textus, quos adducit Struvius, ſcilicet *l. 7. pr. §. 2. l. 8. h. §. 3. J. quod cum*

eo.

o. l. f. h. pro nobis faciunt, prout paulo ante oſtendimus. Provocat quidem ad Bachovium *in tr. de action. Diſp. 8. th. 13.* ſed hic Autor noſtram potius ſententiam confirmat. Statuit enim, actionem tributoriam ex dolo oriri, & ſimul ad *l. 8. h. t.* quæ obſtare videbatur, reſpondet. Verba ejus hæc ſunt: *ad qua ſcilicet* (id eſt, ad diſtribuendas merces peculiares) *tenetur ex edicto, & ſi neutrum fecerit*, id eſt, nec diſtribuerit, nec mercibus ceſſerit per *l. 7. §. 1. h. t.*) *tum demum hac actione tributoria, quæ coërcendo dolo comparata eſt, convenitur per l. 7. §. 2. h. t. Nam quod dicitur in l. 8. eod. non eſſe hanc actionem de dolo, non eo pertinet, quaſi hac actione non coërceatur dolus, ſed quod non ſit actio famoſa, quæ in ſpecie appellatur actio doli, ut ex l. præc. 7. §. ult. perſpicuum eſſe poteſt: ut tamen hoc notetur, in d. l. 8.* rei perſecutionem continere, *in ſpecie uſurpari, ut opponatur actioni famoſæ de dolo, quæ alias & ipſa rei perſecutoria dici poteſt, quatenus hæc opponitur actioni poenali in duplum, triplum vel quadruplum, &c.*

Sed poſſet quis objicere: ergo actio tributoria, quam tu ex contractu eſſe dicis, coincidit cum actione de peculio? Imo non coincidit. Differunt illæ duæ actiones & *objecto* & *effectu.* Actio de peculio intuitu *totius peculii*; tributoria *mercis alicujus peculiaris* reſpectu datur, *l. 11. ff. h. t.* Dominus item, vel Pater actione de peculio conventus, *omne* deducit, quod ſibi debetur, antequam reliquis Creditoribus

ſatisfiat; ſed in actione tributoria velut extraneus Creditor *pro rata* ſaltem in diſtributione concurrit, quia eo ipſo, dum paſſus eſt, ſervum vel filium in merce peculiari negotiari, privilegio ſuo renunciaſſe cenſetur, *v. l. 1. pr. & §. 2. l. 5. §. 7. h. t.*

Hæc quoad uſum theoreticum propter confuſionem communiter receptam moneri debuerunt. Quæritur autem, quid de vſu practico dicendum ſit? Hic diverſæ aſſertiones ſeparandæ. Quidam ex DD. ſtatuunt, quod actioni tributoriæ propterea hodie non ſit locus, quia filii negotiationem exercentes eo ipſo pro tacite emancipatis habentur, vid. Schultz *Synopſ. inſtit. tit. Quod cum eo &c. lit. C.* Beyer *Poſit. ff. h. t.* Hahn *ad Weſenbec. h. t. in fin.* quam ſequitur Lauterbach *h. t. in fin.* Verum hæc opinio non placet. Tacita enim emancipatio non niſi ex ſeparata demum œconomia colligitur, Brunnem. *ad l. 31. ff. de adopt.* Dav. Mevius *ad jus Lubec. l. 1. tit. 3. num. 24.* conf. omnino Illuſtr. Stryk *ad Lauterb. h. t. verb. habeantur.* Sed talis ſeparata œconomia in filioſam. peculium adminiſtrante non deprehenditur.

Quod addit Dn. Beyer *loc. cit.* quod hodie *exorto Creditorum concurſu non pater bonis oberatis dividendis præſit, ſed judex*, & quod per conſequens ex hoc etiam capite actio tributoria ceſſet; in eo iterum fallitur. Non enim de eo eſt quæſtio, quid pater poſt concurſum

coram

oram Judice motum fecerit; ſed de diſtribu-
one, quam ſuſcepit, antequam cauſa ad judi-
em devolveretur. Nec enim & hodie Cre-
itores ſtatim Judicem adeunt, ſed prius ten-
tare ſolent, annon extrajudicialiter ſuum a
Debitore conſequi poſſint. Interim, quod
rarior hodie ſit actio tributoria, quam olim
uidem, facile largior, cum rariora ſint filio-
umfam. peculia, ſervos autem non habeamus.

Diſputant hic quoque, annon beneficium *uaſi ſeparationis* ex hoc titulo deduci poſſit? Quodſi enim ſervus apud Romanos plures e-
ercebat negotiationes, vel ejusdem negotia-
ionis plures habebat tabernas, tunc quilibet
reditor intuitu ejus negotiationis, vel taber-
æ, cujus intuitu ſpecialiter contraxerat, reli-
uis præferebatur. Exinde DD. colligunt: ſi
odie Mercator aliquis plures habuit negotia-
iones, aut tabernas, & alter hujus tabernæ in-
uitu ſpeciatim contraxit, quod tunc quoad
ona in illa taberna reperta reliquis præferen-
lus ſit. Hic quidem quoad theoriam placet
pinio eorum, qui dicunt, a negotiatione ſer-
i ad liberi hominis negotiationem non pro-
edere conſequentiam. Cum enim ſervi
ro nullis habiti, *merci* magis, quam perſonæ
reditum videbatur & inde oriebatur ſepara-
io. At liberorum hominum *perſona* obliga-
ur, æsque alienum, quod contrahunt, totum
pſorum patrimonium imminuit, non certi lo-
i facultates reſpicit, Grönevvegen *ad l.* 5. §. 15.
& l.

& l. 16. ff. h. t. quem ſequitur Dn Beyer *loc. prox. cit. ad h. t. in f.* Sed ſi de praxi quæritur, prout hoc ad ſcopum noſtrum primario ſpectat, illa iterum in contrarium eſt & pro obſervantia beneficii quaſi ſeparationis communiter pronunciatur, vid. Illuſtr. Dn. Stryk *in not. ad Brunnem. Proc. conc. Cred. C. 5. §. 13.* & quos ibi citat. Ceterum de jure ſeparationis & quaſi ſeparationis pluribus actum in der Einleitung zum Concurs-Proceſs cap. XI.

LIB. XV. TIT. I.
De Peculio.

DISTINCTIO I.

Inter peculium *caſtrenſe, quaſi caſtrenſe, profectitium* & *adventitium*, idque *ordinarium* & *extraordinarium*.

COmmuniter hæ diſtinctiones, tanquam inutiles obiter ſaltem tractantur, quaſi non ſint dignæ, ut ullum temporis ſpatium iis recte intelligendis inſumatur. Verum ea, quæ mox dicentur, oſtendent, fallere non ſolum D D. qui talia pro autoritate adfirmant, ſed ſimul & eos falli, qui eadem cœco impetu ſequuntur.

Uſum ſcilicet habet ea diſtinctio *I. in actionibus judicialibus.* Intuitu peculii caſtrenſis vel quaſi

uaſi caſtrenſis, filius adverſus ipſum Patrem, & adverſus extraneum ſolus inſcio & invito Patre agere poteſt, *l. 4. ff. de judic. l. 4. §. 1. ff. de caſtrenſ. pecul.* Propter profectitium nec adverſus patrem agit, ob *d. l.* 4. *de judic.* nec contra extraneum, patri enim & proprietas & uſusfructus, id eſt, omne omnino jus competit, vid. Struv. *Exerc. 9. theſ. 6.* niſi forſan Pater abſens ſit, tunc enim ex præſumto mandato admittitur, *v. l. 18.* §. 1. *ff. de judic.* Ratione adventitii regularis Pater, tanquam Uſufructuarius & legitimus Adminiſtrator, actionem inſtituit, conſentiente tamen filio, ſi ejus ætatis eſt, ut conſentire queat, *l. ult.* §. *3. C. de bonis quæ lib.* quodſi Pater abeſt, vel furore impeditur, filius non minus, ut antea admittitur, cum cautione tamen de rato, vid. Struv. *loc. cit.* Denique quoad adventitium irregulare diſtinguit quidem Lauterbach *ad tit. de judic.* utrum illud conſentiente, an vero diſſentiente Patre filius acquiſiverit, ſed ea diſtinctio effectu hic deſtitui videtur, cum *l. f. in f. pr. C. de bon. quæ lib.* filio agendi poteſtatem concedat cum conſenſu tamen patris, quamvis filius peculium eo diſſentiente acquiſiviſſet. Quidni ergo & eo caſu, ubi pater in acquiſitionem conſenſit, ejus quoque conſenſus in inſtitutione actionis requireretur? Ergo ita dicendum: in adventitio irregulari filius ſemper agit, conſentiente tamen patre, qui ad conſenſum illum præſtandum juxta *cit. l. f.* compelli poteſt per Judicem.

Sed

Sed anne quoad peculium adventitium inter filium & Patrem lis eſſe poteſt? Negatur ob vinculum unitatis, unde quamdiu patria poteſtas & per conſequens ipſum illud peculium durat, omnes lites ſuſpenduntur, quæ *rem ipſam* concernunt, de illis enim ſermo eſt. Quod ſi de *modo adminiſtrandi* controverſia oriatur, v. g. ſi pater bona adventitia diſſipare incipit, tunc quidem patrem convenire poteſt filius, juxta Buſium & Brunnemannum *ad l.* 4. *ff. de judic.* ſed tunc non adeſt actio proprie ſic dicta, ſed nuda & ſummaria officii Judicis imploratio, vel potius denunciatio aliqua. Quis vero exinde aſſereret, quod *de re ipſa* etiam inter patrem & filium actio inſtitui poſſit? quod tamen facere videtur Dn. Beyer *in Poſit. ff. de judic. poſ.* 19. & 20.

II. Uſus diſtinctionis ſeſe exerit *in materia contractuum & SC. Macedoniani.* In peculio caſtrenſi & quaſi filius ex omnibus contractibus obligatur, etiam ex mutuo, *l.* 1. §. *ult.* & *l.* 2. *ff. de SC. Macedon.* & ſic ibi ceſſat SC. Macedoniani exceptio; ſecus in reliquis & quoties quis pro filiofam. habetur, quod ad adventitium irregulare minus recte extendit Lauterbach *ad tit. de SC. Macedon.* cum hic filiusfam. mortem patris expectare non habeat neceſſe. Poſſes & hoc addere: Intuitu peculii militaris filius cum patre contrahit, non autem intuitu reliquorum.

III. *In materia teſtamentorum.* De pecu-
o caſtrenſi & quaſi caſtrenſi teſtatur pro lubi-
ı filius, *pr. J. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.*
2. C. de caſtr. pecul. l. 50. C. de Epiſc. & Cler.
on autem de reliquis, cujuscunque generis ea
nt, hoc unico excepto, quod de peculio ad-
entitio ordinario patre permittente, de ex-
'aordinario autem patre etiam invito *donatio-*
em mortis cauſa celebrare poſſit: ad hanc enim
ræciſe non requiritur, ut quis ſit paterfami-
as, quod tamen in teſtamenti factione neceſ-
ım eſt, vid. Struv. *Ex. 40. th. 33.*

IV. In materia *computationis Legitimæ.*
aſtrenſe & quaſi caſtrenſe peculium non
omputatur in Legitimam, neque etiam ad-
entitium, *v. l. 36. pr. ibi: repletionem autem fieri*
: ipſa ſubſtantia patris, non ſi quid ex aliis cauſis
'ius lucratus eſt. C. de inoff. teſtam. bene tamen
rofectitium, hoc enim ex ipſa Patris ſubſtan-
ı proficiſcitur & privilegio aliquo munitum
on eſt.

V. In materia *relinquendæ Legitimæ.* Quan-
o quis poſt emancipationem de iis bonis te-
atur, quæ ante ex peculio adventitio ad ipſum
ertinebant, tunc parentibus vel liberis ex iiſ-
em legitimam portionem relinquere tene-
r, *v. Nov. 115. c. 3.* ſed quando quis teſtamen-
m de caſtrenſi peculio condit, tunc ad legi-
nam relinquendam non tenetur, *l. 9. & 24.*
de inoff. teſtam. idem in quaſi caſtrenſi, *l. fin.*
. & §. 1. eod. quod tamen intelligendum,
quam-

quamdiu illa vera vel quaſi militia durat, ea enim ceſſante ipſum quoque privilegium ceſſat, *l. 8. §. 3. ff. de inoff. teſt. l. f. §. 2. C. eod.* Diſputant vero, annon illud privilegium *militum* per *Nov. 115. c. 3. verb. a rebus propriis, in quibus habent teſtandi licentiam*, ſublatum ſit? ita videtur Covarruv. *in c. quia nos. 9. num. 9. X. de teſtam.* Salyceto *in l. f. C. de inoff. num. 4.* Weſenbecio *Conſ. 17. num. 30.* aliiſque, vid. Brunnem. *ad d. l. 9. C. de inoff. teſtam.* Mihi tamen ſe adprobat ſententia Donelli *comm. l. 19. c. 5.* & Reusneri *de teſtam. p. 2. c. 25. n. 7.* quæſtionem negantium, quia ſpecialia privilegia generali correctioni ſubjacere non ſolent, jus teſtandi autem in peculio caſtrenſi vel quaſi caſtrenſi ex ſpeciali privilegio ſine dubio dependet. Et ergo adlata verba *Nov. 115. c. 3.* quod liberi legitimam relinquere debeant à rebus propriis, *in quibus habent teſtandi licentiam*, intelligenda ſunt, ſcilicet *de jure communi.*

VI. In materia *collationis bonorum.* Peculium caſtrenſe & quaſi caſtrenſe nunquam confertur, *l. 1. §. 15. ff. de collat. l. 1. C. de caſtrenſ. pecul.* nec adventitium, *l. f. C. de Collat.* bene tamen profectitium, *v. l. 17. C. d. t.*

VII. Quoad *beneficium competentiæ.* Filius enim intuitu rerum caſtrenſium conventus condemnatur in id ſolummodo, quod facere poteſt, *l. 6. & 18. ff. de re judic.* quod ad quaſi caſtrenſia ex DD. opinione eodem modo pertinet. Secus in aliis, v. g. adventitiis, præcipue irregularibus.

IIX. In-

IIX. Intuitu *ipſius Patris.* In caſtrenſi & aſi caſtrenſi & proprietas & uſusfructus perient ad ſolum filium, pater *nihil* habet, ne idem adminiſtrationem, niſi filius nondum ijorennis ſit, ubi tamen pater non percipit ictus, vid. Carpzov. *lib. 5. Reſp. 84. num. 7.* In culio profectitio contra pater *omne* habet, us nihil: in adventitio ordinario *aliquid*, mpe uſusfructus ad Patrem, aliquid, id eſt oprietas, ad filium ſpectat. In adventitio raordinario Pater iterum nihil habet, præquam nudam adminiſtrationem, ſi filius imfectæ eſt ætatis, ubi tamen ad inventarium nficiendum & rationes reddendas æque eſt ſtrictus, ut alius Curator, non enim tunc viriæ poteſtatis, ſed ut Curator adminiſtrat, lluſtr. Dn. Stryk. *ad Lauterb. h. t. voc. adminrare poteſt.*

LIB. XVI. TIT. II.
De Compenſationibus.

DISTINCTIO I.
nter Compenſationem *perpetuam* & *temporalem.*

PRior mutuum debitum in perpetuum pro re nata vel tollit, vel minuit, fitque ipſo jure, ita ut ab illo momento, quo alter

viciſſim debere cœpit, ego ad uſuras ulterius ſolvendas non ſim obligatus, *v. l. 4. C. h. t. ibique Gothofr. in not. Poſterior* eo usque ſaltem effectum ſuum exerit, donec debitor meus pecuniam mihi debitam perſolverit, & quamvis ego jure hoc meo, quod *retentionis* alias vocatur, utar, uſuræ tamen interim nihilominus currunt. Deinde *prior* obtinet ſaltem, ſi quantitates debeantur, aut ſpecies quidem, v. g. duo equi, ſed in genere ſolum ſine certa determinatione promiſſæ, in has enim non cadit pretium affectionis; ſecus in rebus determinate promisſis, unde certa ſpecies cum ſpecie, aut ſpecies cum quantitate compenſari nequit, quod fuſe perſequitur Lauterbach *ad h. t. ſub lit. O.* In *poſteriori* autem ſpecies quoque propter debitam quantitatem, aut aliam ſpeciem juſte retinetur, donec ſolutio facta fuerit. Hic enim rem alteri in perpetuum non aufero, ſed ad tempus ſaltem, & ſic non obſtat, licet ille maximum affectum erga eam rem foveat. Ceterum & hoc notandum, quod retentio in hac diſtinctione à Lauterbachio abuſive compenſatio vocetur, cum proprie talis non ſit, prout obſervarunt Zangerus, Mæſtertius aliique à dicto Lauterbachio *h. t.* allegati, qui eorum opiniones immerito *ſcrupuloſas limitationes* appellat.

DISTINCTIO II.

Inter Compenſationem *propriam* & *impropriam*.

Hæc

HÆc cum priore coincidit, vocabulis ſolummodo mutatis. Per impropriam enim temporalis, ſive jus retentionis; per propriam autem perpetua compenſatio indigitatur, vid. Frantzk. *lib. 1. reſol. 13. num. 26.* Ergo hic eadem repetenda, quæ ad præcedentem diſtinctionem adlata fuerunt.

Lib. XIV. Tit. III.

Depoſiti vel contra.

DISTINCTIO I.

Inter Depoſitum *regulare* & *irregulare.*

IN regulari transfertur ſolum cuſtodia, non jus utendi, qui enim re depoſita utitur, furtum *uſus* committere dicitur, *v. §. 6. J. de oblig. qua ex delict. naſc.* ſecus in irregulari, ideo enim hoc nomen accepit, quia à regula, ſive ab ordinaria depoſiti natura plane recedit, *v. l. 24. ff. h. t.* In regulari caſus fortuitus pertinet ad deponentem, tanquam ad Dominum: ſecus in irregulari, hoc enim, ſi res fungibilis cuſtodienda datur, revera nihil aliud eſt, quam mutuum, ergo etiam Dominium cum omnibus ſuis effectibus in irregularem hunc Depoſitarium transfertur, vid. omnino *l. 9. §. f. & l.*

10. ff. de reb. credit. Imo hinc ſimul deponens jura ſua amittit, quibus alias in concurſu creditorum fruitur, *l. 7. §. pen. ff. depoſ. l. 24. §. 2. ff. de reb. auct. jud. poſſid.*

DISTINCTIO II.

Inter Depoſitum *judiciale*, ſeu ſequeſtrum, & *extrajudiciale*.

HÆc diſtinctio ita generatim propoſita uſum ſaltem habet theoreticum, quod nempe depoſitum *judiciale*, ſeu *ſequeſtrum*, circa res litigioſas ſolum, extrajudiciale autem circa non litigioſas verſetur, cuſtodia autem utrobique eodem modo depoſitario concreditur. Quod ſi vero deinde ad ſubſpecies deſcendimus, uſus non contemnendus partim quoad jus Romanum, partim quoad mores noſtros apparet, ut ex ſubſequentibus mox patebit.

DISTINCTIO III.

Inter Depoſitum extrajudiciale *voluntarium* & *neceſſarium*, ſeu *miſerabile*.

USus de jure Romano in eo conſiſtebat, quod actio depoſiti miſerabilis contra inficiantem in duplum dabatur, *l. 1. §. 1. l. 18. ff. h. t.* major enim in eo depoſitario eſt malitiæ gradus, qui afflicto afflictionem addit & miſero novam miſeriam, ergo etiam magis coercebatur, quam quidem alius quiſpiam, qui in depo-

depoſito voluntario reſtitutionem rei depoſitæ dolo malo detrectabat. Hodie ejusmodi nequam ſine dubio etiam graviter eſt coercendus, ſed non præciſe in duplum, quia actiones pœnales illæ apud nos teſte fori experientia non ſunt receptæ. Ipſe B. Brunnem, *ad d. l. 1. §. 1. h. t. num.* 3. fatetur, actionem in duplum in depoſito miſerabili non frequentari in foro, ſed ſimul tamen negat, eam exoleviſſe. Nobis vero unum ex altero proflue re videtur, quod quæcunque actio nunquam in foro fuit frequentata, ea quoque non poſſit eſſe *recepta*, (ita melius dicitur, quam *exoleviſſe*, hoc enim receptionem præcedentem ſupponit.) Melius feciſſet notus ille Grœnvvegen, ſi tractatum ſuum non de Legibus *abrogatis*, ſed potius de *non receptis* inſcripſiſſet.

DISTINCTIO IV.
Inter Depoſitum judiciale *voluntarium* & *neceſſarium*.

Voluntarium, quoniam conſenſu utriusque litigantium fieri ſolet, in omnibus cauſis eſt permiſſum, ſicut enim quilibet juri ſuo renunciare poteſt, ita ille quoque, qui hactenus in poſſesſione fuit ejusque favore uti potuisſet. *Neceſſarium* autem, quod à Judice decernitur invita etiam parte, regulariter eſt prohibitum, quia ſcilicet ſpeciem executionis conſtituit, à qua Proceſſus non eſt inchoandus,

& l. 16. ff. h. t. quem ſequitur Dn Beyer *loc. prox. cit. ad h. t. in f.* Sed ſi de praxi quæritur, prout hoc ad ſcopum noſtrum primario ſpectat, illa iterum in contrarium eſt & pro obſervantia beneficii quaſi ſeparationis communiter pronunciatur, vid. Illuſtr. Dn. Stryk *in not. ad Brunnem. Proc. conc. Cred. C. 5. §. 13.* & quos ibi citat. Ceterum de jure ſeparationis & quaſi ſeparationis pluribus actum in der Einleitung zum Concurs-Proceſs cap. XI.

LIB. XV. TIT. I.
De Peculio.

DISTINCTIO I.
Inter peculium *caſtrenſe, quaſi caſtrenſe, profectitium* & *adventitium*, idque *ordinarium* & *extraordinarium.*

COmmuniter hæ diſtinctiones, tanquam inutiles obiter ſaltem tractantur, quaſi non ſint dignæ, ut ullum temporis ſpatium iis recte intelligendis inſumatur. Verum ea, quæ mox dicentur, oſtendent, fallere non ſolum DD. qui talia pro autoritate adfirmant, ſed ſimul & eos falli, qui eadem cœco impetu ſequuntur.

Uſum ſcilicet habet ea diſtinctio *I. in actionibus judicialibus.* Intuitu peculii caſtrenſis vel quaſi

quaſi caſtrenſis, filius adverſus ipſum Patrem, & adverſus extraneum ſolus inſcio & invito Patre agere poteſt, *l. 4. ff. de judic. l. 4. §. 1. ff. de caſtrenſ. pecul.* Propter profectitium nec adverſus patrem agit, ob *d. l.* 4. *de judic.* nec contra extraneum, patri enim & proprietas & uſusfructus, id eſt, omne omnino jus competit, vid. Struv. *Exerc. 9. theſ. 6.* niſi forſan Pater abſens ſit, tunc enim ex præſumto mandato admittitur, *v. l. 18.* §. 1. *ff. de judic.* Ratione adventitii regularis Pater, tanquam Uſufructuarius & legitimus Adminiſtrator, actionem inſtituit, conſentiente tamen filio, ſi ejus ætatis eſt, ut conſentire queat, *l. ult. §. 3. C. de bonis quæ lib.* quod ſi Pater abeſt, vel furore impeditur, filius non minus, ut antea admittitur, cum cautione tamen de rato, vid. Struv. *loc. cit.* Denique quoad adventitium irregulare diſtinguit quidem Lauterbach *ad tit. de judic.* utrum illud conſentiente, an vero diſſentiente Patre filius acquiſiverit, ſed ea diſtinctio effectu hic deſtitui videtur, cum *l. f. in f. pr. C. de bon. quæ lib.* filio agendi poteſtatem concedat cum conſenſu tamen patris, quamvis filius peculium eo diſſentiente acquiſiviſſet. Quidni ergo & eo caſu, ubi pater in acquiſitionem conſenſit, ejus quoque conſenſus in inſtitutione actionis requireretur? Ergo ita dicendum: in adventitio irregulari filius ſemper agit, conſentiente tamen patre, qui ad conſenſum illum præſtandum juxta *cit. l. f.* compelli poteſt per Judicem.

Sed

Sed anne quoad peculium adventitium inter filium & Patrem lis eſſe poteſt? Negatur ob vinculum unitatis, unde quamdiu patria poteſtas & per conſequens ipſum illud peculium durat, omnes lites ſuſpenduntur, quæ *rem ipſam* concernunt, de illis enim ſermo eſt. Quod ſi de *modo adminiſtrandi* controverſia oriatur, v. g. ſi pater bona adventitia disſipare incipit, tunc quidem patrem convenire poteſt filius, juxta Buſium & Brunnemannum *ad l. 4. ff. de judic.* ſed tunc non adeſt actio proprie ſic dicta, ſed nuda & ſummaria officii Judicis imploratio, vel potius denunciatio aliqua. Quis vero exinde aſſereret, quod *de re ipſa* etiam inter patrem & filium actio inſtitui posſit? quod tamen facere videtur Dn. Beyer *in Poſit. ff. de judic. poſ. 19. & 20.*

II. Uſus diſtinctionis ſeſe exerit *in materia contractuum & SC. Macedoniani.* In peculio caſtrenſi & quaſi filius ex omnibus contractibus obligatur, etiam ex mutuo, *l. 1. §. ult. & l. 2. ff. de SC. Macedon.* & ſic ibi ceſſat SC. Macedoniani exceptio; ſecus in reliquis & quoties quis pro filiofam. habetur, quod ad adventitium irregulare minus recte extendit Lauterbach *ad tit. de SC. Macedon.* cum hic filiusfam. mortem patris expectare non habeat neceſſe. Poſſes & hoc addere: Intuitu peculii militaris filius cum patre contrahit, non autem intuitu reliquorum.

III. In

III. *In materia teſtamentorum.* De peculio caſtrenſi & quaſi caſtrenſi teſtatur pro lubitu filius, *pr. J. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. l. 2. C. de caſtr. pecul. l. 50. C. de Epiſc. & Cler.* non autem de reliquis, cujuscunque generis ea ſint, hoc unico excepto, quod de peculio adventitio ordinario patre permittente, de extraordinario autem patre etiam invito *donationem mortis cauſa* celebrare poſſit: ad hanc enim præciſe non requiritur, ut quis ſit paterfamilias, quod tamen in teſtamenti factione neceſſum eſt, vid. Struv. *Ex. 40. th. 33.*

IV. In materia *computationis Legitimæ.* Caſtrenſe & quaſi caſtrenſe peculium non computatur in Legitimam, neque etiam adventitium, *v. l. 36. pr. ibi: repletionem autem fieri ex ipſa ſubſtantia patris, non ſi quid ex aliis cauſis filius lucratus eſt. C. de inoff. teſtam.* bene tamen profectitium, hoc enim ex ipſa Patris ſubſtantia proficiſcitur & privilegio aliquo munitum non eſt.

V. In materia *relinquendæ Legitimæ.* Quando quis poſt emancipationem de iis bonis teſtatur, quæ ante ex peculio adventitio ad ipſum pertinebant, tunc parentibus vel liberis ex iisdem legitimam portionem relinquere tenetur, *v. Nov. 115. c. 3.* ſed quando quis teſtamentum de caſtrenſi peculio condit, tunc ad legitimam relinquendam non tenetur, *l. 9. & 24. C. de inoff. teſtam.* idem in quaſi caſtrenſi, *l. fin. pr. & §. 1. eod.* quod tamen intelligendum,

quam-

quamdiu illa vera vel quaſi militia durat, ea enim ceſſante ipſum quoque privilegium ceſſat, *l. 8. §. 3. ff. de inoff. teſt. l. f. §. 2. C. eod.* Diſputant vero, annon illud privilegium *militum* per *Nov. 115. c. 3. verb. a rebus propriis, in quibus habent teſtandi licentiam*, ſublatum ſit? ita videtur Covarruv *in c. quia nos. 9. num. 9. X. de teſtam.* Salyceto *in l. f. C. de inoff. num. 4.* Weſenbecio *Conſ. 17. num. 30.* aliisque, vid. Brunnem. *ad d. l. 9. C. de inoff. teſtam.* Mihi tamen ſe adprobat ſententia Donelli *comm. l. 19. c. 5.* & Reusneri *de teſtam. p. 2. c. 25. n. 7.* quæſtionem negantium, quia ſpecialia privilegia generali correctioni ſubjacere non ſolent, jus teſtandi autem in peculio caſtrenſi vel quaſi caſtrenſi ex ſpeciali privilegio ſine dubio dependet. Et ergo adlata verba *Nov. 115. c. 3.* quod liberi legitimam relinquere debeant à rebus propriis, *in quibus habent teſtandi licentiam*, intelligenda ſunt, ſcilicet *de jure communi.*

VI. In materia *collationis bonorum.* Peculium caſtrenſe & quaſi caſtrenſe nunquam confertur, *l. 1. §. 15. ff. de collat. l. 1. C. de caſtrenſ. pecul.* nec adventitium, *l. f. C. de Collat.* bene tamen profectitium, *v. l. 17. C. d. t.*

VII. Quoad *beneficium competentiæ.* Filius enim intuitu rerum caſtrenſium conventus condemnatur in id ſolummodo, quod facere poteſt, *l. 6. & 18. ff. de re judic.* quod ad quaſi caſtrenſia ex DD. opinione eodem modo pertinet. Secus in aliis, v. g. adventitiis, præcipue irregularibus.

IIX. In-

IIX. Intuitu *ipſius Patris.* In caſtrenſi & quaſi caſtrenſi & proprietas & uſusfructus pertinent ad ſolum filium, pater *nihil* habet, ne quidem adminiſtrationem, niſi filius nondum majorennis ſit, ubi tamen pater non percipit fructus, vid. Carpzov. *lib.5. Reſp.84. num.7.* In peculio profectitio contra pater *omne* habet, filius nihil: in adventitio ordinario *aliquid*, nempe uſusfructus ad Patrem, aliquid, id eſt proprietas, ad filium ſpectat. In adventitio extraordinario Pater iterum nihil habet, præterquam nudam adminiſtrationem, ſi filius imperfectæ eſt ætatis, ubi tamen ad inventarium conficiendum & rationes reddendas æque eſt obſtrictus, ut alius Curator, non enim tunc vi patriæ poteſtatis, ſed ut Curator adminiſtrat, v. Illuſtr. Dn. Stryk. *ad Lauterb. h. t. voc. adminiſtrare poteſt.*

Lib. XVI. Tit. II.
De Compenſationibus.

DISTINCTIO I.

Inter Compenſationem *perpetuam* & *temporalem.*

P*Rior* mutuum debitum in perpetuum pro re nata vel tollit, vel minuit, fitque ipſo jure, ita ut ab illo momento, quo alter

vicisſim debere cœpit, ego ad uſuras ulterius ſolvendas non ſim obligatus, *v. l. 4. C. h. t. ibique Gothofr. in not. Poſterior* eo usque ſaltem effectum ſuum exerit, donec debitor meus pecuniam mihi debitam perſolverit, & quamvis ego jure hoc meo, quod *retentionis* alias vocatur, utar, uſuræ tamen interim nihilominus currunt. Deinde *prior* obtinet ſaltem, ſi quantitates debeantur, aut ſpecies quidem, v. g. duo equi, ſed in genere ſolum ſine certa determinatione promiſſæ, in has enim non cadit pretium affectionis; ſecus in rebus determinate promisſis, unde certa ſpecies cum ſpecie, aut ſpecies cum quantitate compenſari nequit, quod fuſe perſequitur Lauterbach *ad h. t. ſub lit. O.* In *poſteriori* autem ſpecies quoque propter debitam quantitatem, aut aliam ſpeciem juſte retinetur, donec ſolutio facta fuerit. Hic enim rem alteri in perpetuum non aufero, ſed ad tempus ſaltem, & ſic non obſtat, licet ille maximum affectum erga eam rem foveat. Ceterum & hoc notandum, quod retentio in hac diſtinctione à Lauterbachio abuſive compenſatio vocetur, cum proprie talis non ſit, prout obſervarunt Zangerus, Mæſtertius aliique à dicto Lauterbachio *h. t.* allegati, qui eorum opiniones immerito *ſcrupuloſas limitationes* appellat.

DISTINCTIO II.

Inter Compenſationem *propriam* & *impropriam*.

Hæc

HÆc cum priore coincidit, vocabulis ſolummodo mutatis. Per impropriam enim temporalis, ſive jus retentionis; per propriam autem perpetua compenſatio indigitatur, vid. Frantzk. *lib. 1. reſol. 13. num. 26.* Ergo hic eadem repetenda, quæ ad præcedentem diſtinctionem adlata fuerunt.

Lib. XIV. Tit. III.

Depoſiti vel contra.

DISTINCTIO I.

Inter Depoſitum *regulare* & *irregulare*.

IN regulari transfertur ſolum cuſtodia, non jus utendi, qui enim re depoſita utitur, furtum *uſus* committere dicitur, *v. §. 6. J. de oblig. quæ ex delict. naſc.* ſecus in irregulari, ideo enim hoc nomen accepit, quia à regula, ſive ab ordinaria depoſiti natura plane recedit, *v. l. 24. ff. b. t.* In regulari caſus fortuitus pertinet ad deponentem, tanquam ad Dominum: ſecus in irregulari, hoc enim, ſi res fungibilis cuſtodienda datur, revera nihil aliud eſt, quam mutuum, ergo etiam Dominium cum omnibus ſuis effectibus in irregularem hunc Depoſitarium transfertur, vid. omnino *l. 9. §. f. & l. 10. ff.*

10. ff. de reb. credit. Imo hinc ſimul deponens jura ſua amittit, quibus alias in concurſu creditorum fruitur, *l. 7. §. pen. ff. depoſ. l. 24. §. 2. ff. de reb. aut. jud. posſid.*

DISTINCTIO II.

Inter Depoſitum *judiciale*, ſeu ſequeſtrum, & *extrajudiciale.*

HÆc diſtinctio ita generatim propoſita uſum ſaltem habet theoreticum, quod nempe depoſitum *judiciale*, ſeu *ſequeſtrum*, circa res litigioſas ſolum, extrajudiciale autem circa non litigioſas verſetur, cuſtodia autem utrobique eodem modo depoſitario concreditur. Quod ſi vero deinde ad ſubſpecies deſcendimus, uſus non contemnendus partim quoad jus Romanum, partim quoad mores noſtros apparet, ut ex ſubſequentibus mox patebit.

DISTINCTIO III.

Inter Depoſitum extrajudiciale *voluntarium* & *neceſſarium*, ſeu *miſerabile.*

USus de jure Romano in eo conſiſtebat, quod actio depoſiti miſerabilis contra inficiantem in duplum dabatur, *l. 1. §. 1. l. 18. ff. h. t.* major enim in eo depoſitario eſt malitiæ gradus, qui afflicto afflictionem addit & miſero novam miſeriam, ergo etiam magis coercebatur, quam quidem alius quispiam, qui in depo-

lepoſito voluntario reſtitutionem rei depoſi-
æ dolo malo detrectabat. Hodie ejusmodi
iequam ſine dubio etiam graviter eſt coer-
endus, ſed non præciſe in duplum, quia acti-
ınes pœnales illæ apud nos teſte fori experi-
ntia non ſunt receptæ. Ipſe B. Brunnem.
d d. l. 1. §. 1. b. t. num. 3. fatetur, actionem in
luplum in depoſito miſerabili non frequen-
ari in foro, ſed ſimul tamen negat, eam exo-
:viſſe. Nobis vero unum ex altero proflue-
e videtur, quod quæcunque actio nunquam
ı foro fuit frequentata, ea quoque non poſſit
ſſe *recepta*, (ita melius dicitur, quam *exoleviſſe*,
oc enim receptionem præcedentem ſuppo-
it.) Melius feciſſet notus ille Grœnvvegen,
tractatum ſuum non de Legibus *abrogatis*,
:d potius de *non receptis* inſcripſiſſet.

DISTINCTIO IV.
ıter Depoſitum judiciale *voluntarium* & *neceſſarium*.

Voluntarium, quoniam conſenſu utriusque litigantium fieri ſolet, in omnibus cauſis t permiſſum, ſicut enim quilibet juri ſuo re- unciare poteſt, ita ille quoque, qui hactenus ı poſſesſione fuit ejusque favore uti potuis- :t. *Neceſſarium* autem, quod à Judice decer- itur invita etiam parte, regulariter eſt prohi- itum, quia ſcilicet ſpeciem executionis con- tituit, à qua Proceſſus non eſt inchoandus,

& poſſeſſorem beneficio poſſeſſionis privat, *v. l. un. C. de prohib. ſequeſtr. pecun. c. 1. X. de ſequeſtr. poſſeſſ.* Excipiunt tamen communiter ſequentes caſus, ſi nempe metus *armorum, dilapidationis*, aut *fugæ* ſubſit & ſufficiens cautio præſtari nequeat à perſona ſuſpecta, vid. Gœddeus *de ſequeſtrat. c. 2. num. 16. ſeqq.* Trentacinqu. *lib. 3. tit. de ſolut. reſol. 12. num. 4. ſeq.* & quos magno numero allegat Brunnem. *ad d. l. un. C. de prohib. ſequeſtr. pecun.* qui ibi quoque *in fine* recte monet, quod ſummarie tamen conſtare debeat de jure ſequeſtrum petentis & quod illud petat ad conſervationem juris ſui, Mynſing. *Cent. 2. Obſ. 11.*

DISTINCTIO V.
Inter Depoſitum *juris* & *facti.*

DEpoſitum *juris* vocatur, quando Debitor ob Creditoris moram in accipiendo, pecuniam debitam in judicio deponit, prævia legitima & reali oblatione, *v. l. 19. C. de uſur. l. 9. C. de ſolut.* de quo in *ſpeciali tractatu* egit Schultzius, *Witteb. 1632. 12mo*, quem excerpſit Dn. Beyer *Poſ. ff. tit. de acceptil. poſit. 6. ſeqq.* Et hoc depoſitum tendit ad obligationem, quæ antea ſuberat, diſſolvendam ac per illud dominium in Creditorem transfertur, unde poſtquam debitum ſemel rite depoſitum fuit, caſus fortuitus ſuperveniens non ad deponentem amplius, ſed ad dictum creditorem pertinet,

iet, qui ſibi imputare debet, quod non ſtatim eceperit rem depoſitam eandemque ipſe ıelius cuſtodiverit. Aſt vero in illo depoſi- ɔ, de quo ſub præſenti titulo agitur, induci- ır demum obligatio, quæ antea nondum ſub- ſtat, & caſus fortuitus ad deponentem adhuc ɔectat, neque enim hic depoſiti contractus d transferendum dominium habilis reputa- ır.

Lib. XVII. Tit. I.

Mandati vel contra.

DISTINCTIO I.

Inter Mandatum *expreſſum* & *tacitum*.

E*Xpreſſum* vocatur, quod per verba, *tacitum*, quod per facta contrahitur, v. gr. quando quis aliquid me ſciente & non ɔntradicente ſuſcipit. Differunt ergo quoad ɔnceptum illa duo mandata, ſed in uſu pra- :os non differunt. Illa enim regula tam af- 'mative, quam negative jamdudum commu- DD. calculo probata eſt: *Quicunque ex- eſſe conſentire poteſt, ille etiam tacite hoc face- valet*: & contra: *quicunque expreſſe conſen- e nequit, ille nec tacite hoc poteſt.* Item ; *od taciti & expreſſi eadem ſit vis & efficacia.*

Quod propterea ſemel hic generaliter monuiſſe ſufficiat, nam ad reliquos cujuscunque generis contractus, qui in tacitos & expreſſos diſpeſcuntur, eodem modo pertinet, conf. Illuſtr. Thomaſius *in Jurispr. divin. lib. 2. cap. 7. §. 24.*

DISTINCTIO II.

Inter Mandatum *judiciale* & *extrajudiciale*.

Hic repeti debent, quæ de pactis judicialibus & extrajudicialibus in genere ſupra *circ. fin. tit. de pactis* monuimus, quibus adhuc addere poſſes, actus judiciales facilius probari poſſe, quam extrajudiciales. Atque adeo regulas juſtitiæ regulariter quidem non exigere, ut aliquid in judicio fiat, bene tamen regulas prudentiæ. Adde & hoc, quod mandata extrajudicialia ſint ſimplicia & nihil niſi qualem qualem conſenſus declarationem exigant; aſt in judicialibus variæ clauſulæ requiruntur, unde majori cautione etiam concipienda, ne exceptione inſufficientis & inidonei mandati procurator à judicio repellatur, Illuſtr. Dn. Stryk. *Caut. Contr. Sect. 2. Cap. 11. §. 1.* Unde in multis provinciis, v. gr. in Ducatu Magdeburgico, Brunſvicenſi, in Civitate Hamburgenſi, &c. certa formularia typis expreſſa proſtant, quæ tollendarum litium & diſputationum

num cauſa a partibus ſubſcribi & nomina Procuratorum iisdem inſeri ſolent.

DISTINCTIO III.

Inter Mandatum quod fit (1.) *mandantis tantum*, (2.) *mandantis & mandatarii conjunctim*, (3.) *mandantis & tertii*, (4.) *Mandantis, mandatarii & tertii* (5.) *tertii tantum*, (6.) *Tertii, & Mandatarii* gratia.

SEdes hujus diſtinctionis eſt in §. *1. 2. 3. 4. & 5. J. de Mandat.* & in *l. 2. ff. eod.* & ſic eadem eſt textualis, non magiſterialis; Scio quidem, nonnullos impugnare pleraque hujus diſtinctionis membra, quod impertinentia ſint & ad materiam mandati referri nequeant; ſed illis ſatisfieri poſſe puto ex iis, quæ hic tradit Struv. *S. I. C. Exerc. 22. th. 8.* Sic e. g. ſi Mandatum fit *tertii cauſa*, non adeſt quidem obligatio in omnibus caſibus ad illud expediendum; quod ſi tamen ego geſſerim hactenus negotia Caji, eaque nunc ulterius Sempronio gerenda demandem, hic Sempronius, poſtquam ſemel in ſe ſuſcepit expeditionem mandati, ad illud exequendum quoque ſine dubio obſtringitur. Sic, ut verbis dicti Struvii utar, ſi mandavi tibi, ut Titio pecuniam crederes, licet mea non intereſſet credi, tamen ſi impletum eſt mandatum, tibi contra me

me ob pecuniam mandatu meo creditam Titio, competit actio mandati contraria.

Quicquid interim ſit de uſu theoretico; uſum practicum, qui in præſenti ad noſtrum ſcopum ſpectat, non adeſſe lubentes fatemur. Omnis enim ille, qui ex mandato agit, intereſſe aliquod docere debet, ut ipſe innuit Ulpianus in *l. 5. §. 6. ff. h. t.* alias enim agenti objiceretur exceptio: *Tua non intereſt.* Ex quo etiam dubitare liceret contra Struvium, an mandatum *tertii tantum* gratia fieri poſſet, cum in exemplo ab eodem adducto mandantis, qui negotia Caji hactenus geſſerat, omnino interſit, ut ea negotia continuentur, ſi ſcilicet connexa ſint. Ergo omnes ſex ſpecies mandatorum in eo conveniunt, quod agens ſemper ad proprium intereſſe provocare teneatur. Quamvis vero mea hac vice magis interſit, quam alia; hoc tamen non ſtatim conſtituit peculiarem contractus ſpeciem, quoad effectum talem, cum magis & minus rem nunquam variare ſoleant.

DISTINCTIO IV.

Inter *Mandatum*, *commendationem* & *conſilium*.

IN *mandato*, prout modo dictum, ſemper ejus vertitur intereſſe, qui alteri mandavit & propterea a mandatario actione mandati con-

traria ad indemnitatem mandati nomine præſtandam conveniri poteſt, *l. 15. & 20. ff. h. t. l. 2. §. 9. eod.* Secus in *Conſilio*, hic enim, qui conſilium dat, nullum plane intereſſe habet, ſed ipſi perinde eſt, an perficiatur negotium, an non, unde non tenetur, quamvis res male ceſſerit & quamvis ille, qui conſilium eſt ſecutus, illud alias plane non feciſſet, *v. l. 2. §. 6. ff. h. t.* ubi ratio additur, ſcilicet, *quia liberum eſt cuique, apud ſe explorare, an expediat ſibi conſilium, add. l. 1. §. 14. ff. depoſ.* Excipitur conſilium fraudulentum, ex generali fundamento, quod fraus nullibi impunita eſſe debeat, *l. 47. de R. J.* In *Commendatione* aliquo quidem modo commendantis intereſt, ſed tamen nec hic principaliter, & ſic indemnitatem non promittit alteri intuitu rei, aut perſonæ commendatæ, ſed tantum ſuadet atque adhortatur. Unde Ulpianus in *l. 12. ff. Mandati*, cum quidam, inquit, talem Epiſtolam ſcripſiſſet amico ſuo: ***Rogo te, commendatum habeas Sextilium Creſcentem amicum meum:*** non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis, quam mandandi cauſa ſcripta eſt. Exceptio eſt inter mercatores. Et huc pertinet *Lib. 3. tit. 10. Jur. Lubec.* Vom Befehlich / welcher rathsweiſe geſchicht / ubi ita diſponitur: Will jemand einem fremden ſein Guth nicht verkauffen / und ein ander ſtehet dabey und ſaget: Ihr möget es ihme woll vertrauen / die Bezohlung wird euch woll: wird der Verkäuffer von

dem

dem Käuffer nicht bezahlet / ſo muß derjenige zahlen / welcher den fremden loben thut / dadurch der Verkäuffer verſichert worden / quam materiam fuſius proſequitur Finckelth. *Obſerv. 16.*

Lib. XVII. Tit. II.
Pro Socio.

DISTINCTIO I.

Inter ſocietatem univerſalem *omnium bonorum* & *bonorum in ſpecie.*

QUomodo quoad conceptum differant hæ duæ ſocietates, ſatis explicat Lauterbach aliique DD. *ad h. t.* ſcilicet in ſocietate *omnium bonorum* ſocius ſocio ad ea quoque communicanda tenetur, quæ titulo *lucrativo* obtinuit, v. g. hereditatis, legati, fideicommiſſi, donationis, &c. *l.* 1. *§. 1. l. 3. §. 1. ff. h. t.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 6. tit. 15.* aſt in ſocietate *bonorum in ſpecie* (quæ & *generalis* vocatur) ea ſolum ſibi invicem communicant ſocii, quæ titulo *oneroſo* acquirunt, ſeu per quæſtum & negotiationem, ut communiter loqui ſveverunt, *l. 7. ff. h. t.* Felic. *de ſociet. c. 13. num. 5. ſeqq.* Uſus practicus præcipue circa quæſtionem: *qualis in dubio ſocie-*

us præſumi debeat? ſeſe exſerit. Putamus au-
em, in dubio ſocietatem omnium bonorum
on præſumi, ſed pro ſocietate bonorum in
ecie potius pronunciandum eſſe. Quoni-
m enim in priori illa ſocius filiam ſocii do-
are ejusque filiis ſumtus ſtudiorum præbere
enetur, quamvis ipſe filios aut filias non ha-
eat, quorum intuitu alter ſocius idem vicis-
im præſtare poſſit, *l. 73. §. 1. ibi: utrinque im-
utandæ ff. h. t.* hinc aperte ſequitur, quod di-
a ſocietas omnium bonorum involvat ſpe-
iem alicujus donationis; aſt vero hæc nun-
quam facta eſſe cenſetur, *v. l. 7. ff. h. t.* Et
oc ex iis quoque, quæ ante dicta ſunt, con-
irmatur, quod nempe ſocius etiam ad lucra-
iva & ſic etiam ad theſaurum inventum com-
nunicandum, ut vult Felic. *d. tr. c. 12. num. 24.*
bſtrictus ſit, quod iterum donationem in-
volvit.

Porro, in ſocietate bonorum in ſpecie re-
quiritur proportio lucri percipiendi & damni
uſtinendi ſecundum quantitatem rerum illa-
arum, vel operarum, aut periculi etiam ſuſce-
ti, *l. 6. & l. 80. ff. h. t.* aſt in ſocietate omni-
m bonorum lucrum & damnum æqualiter
ividitur, quamvis res illatæ maxime inæqua-
es ſint, Felic. *c. 9. num. 23.* ſibi enim imputare
ebet alter, quod cum eo, qui parum, aut ni-
il in bonis habebat, ſocietatem contraxerit,
& ergo de damno ſibi obveniente conqueri
on poteſt.

In

In ſocietate omnium bonorum traditione aliqua opus non eſt, ſed res, quæ tempore ſocietatis initæ jam præſentes ſunt, ipſo jure traditæ eſſe cenſentur, *l. 1. §. 1. junct. l. 2. ff. h. t.* niſi quod juxta *l. 3. pr. eod.* nomina cedi debeant pro rata, puto ex illa ratione, quoniam ex hypotheſi Juris Romani nomina & actiones oſſibus contrahentium adhærent & ab illis ſine ceſſione ſeparari nequeunt. Sed in ſocietate bonorum in ſpecie actualis traditio requiritur, quippe cujus intuitu nulla in Legibus exceptio deprehenditur, unde hic valet, quod alias dicitur, contractus conſenſuales *perfectionem* ſuam quidem ex ſolo habere conſenſu, ſed ad *conſummationem* eorum traditionem etiam requiri.

Ceterum etiam videri poſſet, in hoc latere differentiam, quod in *l. 16. ff. de re judic.* de ſociis omnium bonorum ſolummodo dicitur, eos frui beneficio competentiæ, non autem de ſociis in ſocietate bonorum; Verum enim vero cum in *l. 63. ff. h. t.* (cujus idem eſt Autor, Ulpianus,) dictum competentiæ beneficium etiam unius rei ſociis tribuatur, hinc illud quoque ſociis in ſocietate bonorum generali haud denegandum eſſe videtur, præſertim cum *cit. l. 16. ff. de re judic.* non aperte ſocios bonorum excludat, vid. Berger *reſol. LL. obſ. h. t. qu. 15.* Illuſtr. Dn. Stryk. *not. ad Lauterb. h. t. verb. obſ. 16.*

Ex hiſce ſimul conſtat, quid differentiæ inter

nter ſocietatem univerſalem & ſpecialem in-
ercedat. Inter ſocietatem generalem & ſpe-
ialem autem nullam aliam reperio quoad ef-
ectum differentiam, quam quod ſpecialis fini-
tur, quamprimum negotium illud ſpeciale,
ujus intuitu contraxerunt ſocii, finitum eſt;
ocietas univerſalis & generalis autem regulari-
er usque ad dies vitæ durare ſolet. Fateor
enique, ſocietatem univerſalem hodie admo-
lum raram eſſe, nam licet coheredes ſæpe
n communione hereditatis ipſis delatæ ad
empus permaneant; eo tamen caſu non adeſt
ocietas *univerſalis*, ſed *rei univerſalis*, *v. l. 39.
. 3. ff. fam. herciſc.* ſcilicet bona, quæ heredes
xtra hereditatem jam poſſederunt, ad hanc
ommunionem non pertinent.

DISTINCTIO II.

nter communicationem rerum illatarum *quoad fructus tantum*, vel *quoad ipſum dominium.*

USus hic deprehenditur maximus. Si enim communicatio quoad ipſum dominium t, tunc caſum fortuitum in rebus communiatis contingentem uterque ſociorum ex æqua parte ferre tenetur, quod ſecus eſt in priori caſu, ubi res ſaltem quoad fructus communicatæ fuerunt, ibi enim damnum fatale ad num ſocium ſolummodo pertinet. Sed

quæ-

quæritur: *quidnam in dubio præſumendum ſit?* Reſpondet Lauterbachius aliique, videri debere, quid inter partes actum fuerit, juxta *l. 34. ff. de R. J.* ſed cum hoc non ſemper appareat, ad conjecturas quandoque recurrendum eſt, ex quo nova quæſtio exoritur: in quam partem conjectura tunc tendere debeat? Mihi ita videtur. Societas initur aut *de rebus promercalibus*, quas non ad perpetuum uſum ſervamus, ſed mox iterum in alios quæſtus cauſa transferimus, quod fit in ſocietate bonorum in ſpecie & particulari communiter; aut vero initur *de rebus non promercalibus*, quas nobis conſervamus, quotannis exinde fructus percipientes, quod regulariter in ſocietate omnium bonorum obtinere ſolet. Priori caſu puto, quod in dubio præſumi debeat, res quoad ipſum dominium collatas eſſe, & ſic caſum fortuitum ad utrumque pertinere, modo actualiter illatæ ſint, conf. *l. 58. §. 1. ff. h. t.* ſecus in caſu poſteriori. Non obſtat *l. 58. pr. ff. h. t.* ubi dicitur, ſi equus tuus (qui cum meis ad venditionem deſtinatus erat) ante venditionem moriatur, quod tu hoc caſu de reliquorum pretio nihil conſequaris, & ſic periculum ad te ſolum pertineat; cauſa enim hujus aſſertionis eſt, quia equus nondum actu aliter collatus erat, *cum non habenda quadriga, ſed vendenda coita eſſet ſocietas*, uti verba *d. l.* habent. Ceterum judicium ſuum hic cuilibet relinquo. Sane ſi unus pecuniam contulit,

ulit, alter ſolas operas præſtitit, tunc DD. fa-
:ile concedunt, & res ipſa loquitur, commu-
iicationem quoad fructus ſolum factam eſſe.

DISTINCTIO III.

nter ſocium nomine *proprio*, aut *ſocieta-tis* nomine contrahentem.

PRiori caſu ſibi ſoli acquirit obligationem & exinde dependens jus agendi, contra ipſum ›lum quoque viciſſim competit actio ei, cum uo contraxit, quia ejus fidem ſolum ſecutus ſt, non omnium ſociorum, niſi res in utili-tem ſocietatis verſa probetur, Felic. *de ſo-:t. cap. 30. num. 13. & 41.* *Poſteriori* caſu ſub-ſtinguendum: *an præpoſitus fuerit negotiatio-*, tunc enim ſocii indiſtincte obligantur, ıamvis res in ſocietatis utilitatem verſa non ərit, ipſi tamen agere nondum poſſunt, niſi ſubſidium, aut niſi actio fuerit ceſſa, ex ſub-itate juris Romani, quia jura quæſita oſſibus ›ntrahentium inhærent, à quibus abſque ſſione ſeparari nequeunt. Quod *ſi non fu-præpoſitus*, ſocios plane non obligat, niſi ver- probetur, aut ſecundum legem ſocietatis ntraxerit: ſociis etiam hoc caſu non com-tit jus agendi, vid. Felic. *d. cap. 30. paſſim* & os magno numero allegat Lauterbach. *h. t.* d. illuſtr. Stryk *de caut. contract, ſect. 2. c. 10.* :0, *ſeqq.*

LIB. XVIII. TIT. I.
De Contrahenda emtione.

DISTINCTIO I.

Inter Emtionem *naturalem* (ſ. *œconomicam*) & *artificialem*, (ſive *negotiatoriam.*)

OEconomica vocatur, qua omnes patresfamilias indigent, quando ſcilicet ea ſibi comparant, quibus in re domeſtica opus habent: *artificialis* e contrario, per quam quæſtus intenditur, qua occupantur mercatores. Uſus ſe variis modis exſerit. Scilicet ab emtione-venditione artificiali, ſive negotiatoria, excluduntur *Nobiles* & in dignitate conſtituti, *v. l. 3. C. de Commerc. & mercat. Clerici, c. 15. & 16. X. de vit. & honeſt. Cleric.* vid. omnino *doctr. ff. h. t.* §. *IV.* & in aliquibus locis *forenſes*, v. Mev. *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 2. art. 5.* item apud Romanos *Officiales*, qui officii cauſa in provincia agebant, *l. 62. pr. h. t. l. 46. §. 2. ff. de jur. fiſc.* ſed nemini œconomica eſt interdicta. Quamvis etiam apud Proteſtantes clericis permittatur, quod jus commercii municipalis, Bürgerliche Nahrung zu treiben, e. g. Bier zu ſchencken &c. acquirere posſint, v. Schilter. *Inſtit. jur. Canon. lib. 1. tit. 18. §. 12. Ordin. Eccleſ. Saxon. tit. de privil. & immun.*

ſum, Cleric. §. *3.* ſolennem tamen mercatu-
ım nedum hodie exercere poſſunt. Recte
nim monet Schilter *loc. cit.* quod cavere de-
eat Miniſter, ne talis negotiatio in detrimen-
ım ſacri miniſterii quoquo modo vergat, &
uod abuſu privilegium amittatur. Illud quo-
ue extra dubium eſt, Nobiles frumenta ex
rædiis ſuis redacta non minus, quam alios,
uæſtus cauſa vendere poſſe.

In Saxonia porro uſus hujus diſtinctionis
irca mulieres contrahentes deprehenditur.
cilicet, emtionem œconomicam valide cele-
rant mulieres ſine curatoris conſenſu, Cura-
ɔr enim toties præſens eſſe nequit, quoties
ıulieres carnes, piſces & id genus alia levio-
s momenti coemunt. At emtio negotiato-
a ſine Curatoris conſenſu celebrari nequit,
ſi forſan mulieres ſint mercatrices, tunc e-
m aliud dicendum, quia hoc caſu mulieres
rivilegia ſua amittunt, cum inter mercatores
xta ſimplicitatem naturalem procedatur, v.
evius *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 10. Art. 1. num.
62.*

Oeconomicam quoque illi valide exer-
nt, qui adhuc ſub Tutela, vel Cura conſtitu-
cum de admodum exiguo eorum præjudi-
ɔ agatur, quod in concedenda reſtitutione
integrum Prætor attendere non conſvevit.
cus autem in negotiatoria, vel artificiali, ubi
majori periculo metus ſubeſt.

Poſſes denique & hoc addere, quod in

venditione & emtione œconomica plerumque locum habeat *pretium legitimum*, in artificiali autem *arbitrarium*; ſed de uſu hujus diſtinctionis mox in materia de pretio in ſpecie agetur.

DISTINCTIO II.

Inter emtionem-venditionem *ſine ſcriptis* & *in ſcriptis* factam.

Termini quidem hujus diſtinctionis nulla indigent explicatione; ſed uſus exinde apparet, quando controvertunt: *utrum in dubio partes ſcripturam in emtione adhibentes eandem tanquam partem eſſentialem, vel melioris ſaltem probationis gratia adjecerint?* ſeu, quod idem eſt: *Utrum emtio in dubio ſine ſcriptis, an vero in ſcriptis facta eſſe cenſeatur?* Hæc controverſia ventilata fuit inter Illuſtr. Dn. Strykium & Conſultiſſ. Dn. Wilhelmum Leiſerum, Profeſſorem Wittebergenſem, prout ex tractatu *de Cautel. Contract. Sect. 2. Cap. 8. §. 2. & 3.* nec non *ex additamento ad dict. tract. citati Viri Illuſtris* videri poteſt. Scilicet B. Brunnem. *in Comm. Cod. ad l. 17. C. de fid. inſtr.* (in *qua lege* ſedes eſt hujus materiæ) expreſſum pactum deſideraverat, atque adeo ſi illud non adſit, ſcripturam in dubio non ad eſſentiam, ſed ad meliorem ſolummodo probationem a partibus adhibitam eſſe affirmaverat, quod impu-

npugnandum ſibi ſumebat Leiſerus, cui deıde in Cautelis Contractuum reſponſum fu-:. Noſtrum non eſt, ut omnia, quæ ab utraque parte adlata fuerunt argumenta, hic inſeramus, quippe quæ in citato Tractatu legi & ideri poſſunt; hoc ſaltem dicimus, DD. in o convenire omnes, quod in dubio partes ıb ordinaria negotiorum humanorum natura ecesſiſſe non præſumantur, niſi aliud liquidisime doceatur, cum autem natura emtionisvenditionis hæc ſit, ut *ſolo conſenſu* perficiaur, hinc applicatio ſine dubio facile fieri poterit. Nondum ergo ſcriptura ad eſſentiam emtionis-venditionis pertinet, quamvis in actu contrahendi partes petierint, man ſolle Feder und Tinte herein gebe / oder man ſolle einen Notarium hohlen / welcher den Kauff-Contract auffſetzen könne / quod volebat Leiſerus, hæc enim verba ex ſubſtratæ materiæ natura explicari debent; ſed requiritur, ut partes dixerint, *perfectum non prius eſſe debere contractum, niſi inſtrumento completo*: vel, *ſe non aliter quam in ſcriptis contrahere velle*: item: Zu wiſſen / daß heute *dato* ein ſchrifftlicher Kauff geſchloſſen / vid *cit. additam*, §. *XVI*. ubi aliæ adhuc formulæ deprehenduntur.

Sed quisnam, dicis, eſt hujus controverſiæ uſus? Maximus ſane. Si enim expreſſe conventum, quod emtio in ſcriptis celebrari debeat, partibus facultas pœnitendi tamdiu ſalva manet, quamdiu ſcriptura & ei accedens ſub-

 ſcriptio

ſcriptio & ſubſignatio nondum completa eſt. At vero, ſi ſcriptura probationis ſaltem gratia adhibetur, (quod in dubio præſumendum eſſe modo diximus,) neutri parti facultas pœnitendi competit, quamvis ne verbulum quidem literis conſignatum fuerit, quod in reliquis contractibus conſenſualibus pariter obſervandum.

DISTINCTIO III.

Inter emtionem *ſpei* & *rei ſperatæ*.

Dupliciter explicant hanc diſtinctionem DD. *Primo* quidem ita: Emtio rei ſperatæ dicitur, quando quis emit rem, quæ nondum exiſtit, *naturaliter* tamen produci ſolet, v. gr. fructus futuri anni: ſpei autem emtio, quando quis illud emit, quod non naturali ordine, ſed *per accidens* percipitur, v. g. jactus retis, de quo in *l. 12. ff. de act. emt.* juxta hanc explicationem uſus diſtinctionis in oculos incurrit, ſcilicet emtio ſpei pura eſt, & inde, etiamſi nihil captum, integrum tamen pretium exſolvendum, cum ſpes & alea loco rei venditæ ſit, v. Molina *de I. & I. tr. 2. Diſp. 340. n. 14.* Mantica *de tac. & ambig. convent. lib. 4. tit. 18.* Emtio autem rei ſperatæ tacitam in ſe continet conditionem, *ſi fructus nati fuerint*, unde ſi nihil natum, nihil etiam debetur, ſed potius preti-

pretium, ſi jam in anteceſſum ſolutum, iterum repetitur; e contrario ſi aliquid, licet minimum natum fuerit, emtor ad integrum pretium obligatur, Illuſtr. Dn. Stryk *Caut. Contr. Sect. 1. c. 3. §. 4. & ſect. 2. cap. 8. §. 9. & 10.*

Deinde nonnulli etiam ita explicant traditam diſtinctionem, ut quoad res, quæ per accidens percipiuntur, ſubdiſtinguant, an nempe aliquid v. g. *pro piſcibus extrahendis:* Was ſoll ich euch geben vor die Fiſche / ſo ihr in dieſem Zuge fangen werdet; utrum vero *pro jactu retis*, was ſoll ich euch vor den Zug geben? promiſſum fuerit. Priori caſu vocant *rei ſperatæ*, poſteriori autem *ſpei* emtionem, quo collimat Lauterbach *Comp. jur. h. t.* ibique Illuſtr. Dn. Stryk *verb. ſi nihil captum.* Mihi quidem illa explicatio non adeo abſurda eſſe videtur; ſed cum pleroſque interpretes eandem rejicere videam, hinc uſum ejus practicum Lectori commendare non audeo.

DISTINCTIO IV.

Inter emtionem rei *demonſtrative, reſtrictive* & *modificative* factam.

DEmonſtrative emtio facta eſſe dicitur, quando corporis primo fit mentio & deinde etiam quantitatis ſecundario, v. gr. Es verkaufft Cajus dem Sempronio allen in ſeinem Keller vorietzo befindlichen Wein / welcher etwa

12. Eymer austragen wird. Dicitur etiam emtio *per averſionem* facta, überhaupt / im Pauſch und Bogen.

E contrario, ſi emtio *reſtrictive* fit, primario ad certam quantitatem reſpexerunt contrahentes, v. gr. Es verkaufft Mevius dem Ulpiano 12. Eymer Weins / welche ihm aus ſeinem / des Mevii Keller / ſollen gelieffert werden.

Modificative autem contrahitur, quando quidem corporis primo fit mentio, quantitas tamen ut modus adjicitur, ſine quo quis contracturus non fuiſſet, v. g. Es verkaufft Titius dem Javoleno allen in ſeinem Keller befindlichen Wein / jedoch will Titius zum wenigſten 12. Eymer gewehren.

Uſus diſtinctionis in eo conſiſtit. Si venditio *demonſtrative* celebratur, tunc contractus mox eſt perfectus & periculum emtoris, nec diminuitur, vel augetur pretium, ſi plus vel minus deinde facta menſuratione deprehendatur, quam quidem ab initio putarunt contrahentes, Mantica *de tac. & ambig. convent. lib. 4. tit. 17. num. 2.* Carpzov. *lib. 5. Reſp. 25. n. 6.* Illuſtr. Dn. Stryk *Caut. Contract. ſect. 2. cap. 8. §. 30.*

Secus, ſi *reſtrictive* quid venditum. Tunc enim periculum ante menſurationem ad venditorem ſpectat, cum antequam illa facta, contractus ratione periculi perfectus non ſit, *l. 2. C. de peric. & commod. rei vend.* quantitatis etiam

am defectus & exceſſus pertinet vel ad damnum, vel ad emolumentum venditoris, Carpzov. *loc. cit. n. 16.*

Denique ſi *modificative* contractus initus eſt, periculum ſtatim emtoris eſt, cum contractus ſit purus modusque adjectus ejus validitatem non ſuſpendat. Si tamen minus reperitur, quam in adjecto modo expreſſum fuit, hoc damno venditoris cedit; ſi plus, hoc emtor tanquam lucrum retinet. Modus enim in favorem emtoris, non venditoris, adjectus fuit, conf. B. Brunnem. *in pecul. Diſp. de vendit. ad corpus & quantitat. paſſim.* Molina *de J. & J. Tr. Diſp. 367. num. 9.*

DISTINCTIO V.

Inter Venditionem *uno nummo* & pro *juſto pretio* factam.

PRior revera non eſt emtio, ſed donatio *arg. l. 10. §. 2. ff. de acqu. vel amitt. poſſeſſ.* neque in *l. 66. ff. de jur. dot.* contrarium aſſeritur, ſed illa ipſa lex in verbis: *remedii loco &c.* indicat, ſermonem ibi eſſe de venditione imaginaria, vid. Gothofred. *in not. ad d. l.* Dicitur autem venditio uno nummo facta, quoties pretium pro re vendita oblatum, ne minimam quidem proportionem cum eadem re habet, unde ſi e. g. prædium, cujus verum pretium eſt 2000. thal. pro 50. thal. venditur, tunc etiam 50. thal. hoc reſpectu & in ſenſu juridico

 unus

unus nummus dicuntur, quamvis juxta ſenſum grammaticum aliud dicendum foret.

Uſus diſtinctionis in eo conſiſtit: Veram venditionem omnes celebrare poſſunt, qui alias ad celebrandos contractus idonei ſunt; aſt ſimulatam non omnes. Sic e. g. ſi conjux conjugi aliquid pro uno nummo vendidit, negotium non ſubſiſtit, quia conjuges ſibi donare prohibentur, vid. *l. 38. ff. h. t.* ſic quoque venditio uno nummo facta inſinuationem judicialem requirit, ſi res imaginarie vendita pretium quingentorum ſolidorum excedit, nec non ob ingratitudinem emtoris iterum revocari poteſt à venditore, quæ omnia in vera venditione ſecus ſe habent.

DISTINCTIO VI.

Inter *Emtionem* & *Pactum de emendo.*

EMtio dicitur, quando non ſolum de *re vendenda*, ſed etiam de *certo pretio* conſtat, hæc duo enim ad eſſentiam hujus contractus pertinent. Aſt in *pacto de emendo*, de *re* ſaltem conſtat, non autem de *certo pretio*, ergo alterum requiſitum deficit & ſic nec actio ad tradendum, nec ad pretium ſolvendum exinde proficiſcitur. Hunc tamen effectum ejusmodi pacto tribuunt, ut ſi res in eodem ſtatu per-

)ermanſerit, venditor huic potius, quam alte-
i cuidam rem ſuam vendere teneatur, ſuppo-
ito ſcilicet, quod hic paciſcens idem preti-
ım, quod alter forſan obtulit, cum iisdem
:onditionibus ſolvere paratus ſit, vid. Illuſtr.
)n. Stryk *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. Diſ-
ferat.*

DISTINCTIO VII.

Inter pretium *legitimum* ſ. *legale*, & *arbitrarium*.

LEgale imponitur à Legislatore regulariter illis rebus, quibus quotidie indigemus, v. r. pani, cereviſiæ, carnibus, &c. *arbitrarium* ıtem quilibet privatus pro ratione circum- antiarum determinat in rebus reliquis, v. g. dibus, fundis, &c.

Quoad uſum hæc cape. Legale pretium :curate eſt obſervandum, eoque non obſer- to contrahentes ſtatim de læſione queri ɔſſunt, quamvis læſio ſit minima, *arg. l. 5. C. LL.* conſ. *text. 2. F. 27. §. 4.* ſed in pretio bitrario nemo de læſione querens auditur, ſi læſio dimidium juſti pretii excedat, vid. *2. C. de reſc. vend.* illuſtr. Thomaſius *juris- ud. divin. l. 2. cap. II. §. 54. ſeqq.* ubi in ſpecie 57. notat, quod intuitu pretii legitimi inter- ım nec minus accipere liceat, ſi e. g. deter- ınatio ejusdem pretii ad prohibitionem mo-

nopo-

nopoliorum reſpexerit. Curioſum exemplum ad hanc materiam pertinens refert Pufendorff. *de J. N. & G. lib. 5. cap. 1. §. 8. in fin.* in Civitatibus Græciæ receptum fuiſſe, ut venditores piſcium non ſedere deberent, ſed ſtare, ut ſtandi tædio laſſitudineque confecti quam recentiſſimos & pretio æquo venderent.

DISTINCTIO IIX.

Inter *ſubſtantialia, naturalia* & *accidentalia* contractuum.

PErtinet quidem hæc diſtinctio ad materiam de contractibus in genere; ſub præſenti tamen titulo à Lauterbachio tractatur, cujus veſtigia ſequi voluimus. Scilicet *ſubſtantialia* vocantur, quæ ad conſtitutionem alicujus contractus neceſſario requiruntur, & propterea per pacta adjecta mutari nequeunt, quemadmodum homo eſſe nequit, cui vel anima rationalis, vel corpus humanum deeſt, vid. *l. 36. ff. h. t.* ubi dicitur, *quod non videatur vendere, qui in venditione rei pretium ponit, donationis cauſa illud non exacturus.* Talia ſubſtantialia ſunt in *mutuo*, ut rei fungibilis dominium transferatur: in *commodato*, ut rei non fungibilis uſus certus concedatur, (hinc ſi dominium in commodatarium transfertur, fit commodatum irregulare, Mantica *de tac. & ambig. conv. lib. 9. tit. 3. num. 10.*) in *Depoſito*, ut

ut cuſtodia alteri demandetur, ſi enim jus utendi conſequitur depoſitarius, fit iterum irregulare depoſitum, id eſt, plane deſinit eſſe poſitum & fit mutuum: in *pignore*, ut nudum jus detinendi conſequatur creditor: in *emtione*, ut res pro certo pretio tradatur: in *locatione*, ut uſus rei vel opera pro certa mercede præſtetur: in *feudo*, ut dominium utile ſub lege fidelitatis concedatur, & ita in reliquis.

Naturalia dicunt, quæ regulariter contractum jam conſtitutum conſequuntur, non minus, quam ut in homine, poſtquam ex anima & corpore conſtitutus eſt, partes integrales, manus, brachia, pedes, &c. regulariter adeſſe ſolent. Sed quemadmodum defectus ejusmodi partium integralium eſſentiam humanam non tollit; ita quoque licet naturalia contractus abſint, contractus ipſe tamen propterea novum nomen neutiquam conſequitur. Sic in *mutuo* ad naturalia refertur, quod gratis fiat: In *commodato*, quod culpa leviſſima in *emtione*, quod culpa levis & evictio præſtetur, idem in *locatione*: in *feudo*, quod ſervitia præſtentur: quod ſoli maſculi ſuccedant; quod feudum gratis concedatur, &c. quæ omnia ipſis tyronibus nota ſunt, & ſic probatione aliqua non indigent.

Accidentalia denique ſunt, quæ a partibus adjiciuntur, nec regulariter adſunt, prout interdum homines deprehenduntur, qui ſex digitos

gitos habent, vel quibus etiam una ex partibus integralibus deeſt. Sic in *mutuo* interdum præſtantur uſuræ, cum tamen mutuum ſua natura ſit gratuitum: in *commodato* interdum commodatarius ad levem ſaltem culpam obſtringitur: in *pignore* vero & in *emtione* aliisque ſimilibus contractibus non raro ad leviſſimam. Ita in emtione ſæpe remittitur neceſſitas evictionis: fides habetur de pretio; adjicitur pactum addictionis in diem, Legis commiſſoriæ, de retrovendendo, & ſimilia: in *locatione* merces per anticipationem ſolvitur, aut conductor caſus fortuitos in ſe recipit: in *feudo* interdum fœminæ ſuccedunt: ſervitia remittuntur, unde feudum francum: feudum emitur, & quæ ſunt ſexcenta in reliquis contractibus alia.

Ex adductis quoad uſum ſequentes profluunt aſſertiones:

Eſſentialia non ſolum adeſſe præſumuntur, ſed nec pacto contrahentium ſalvo contractu mutari poſſunt.

Naturalia adeſſe quidem præſumuntur; ſed pacto tamen mutari poſſunt, quamvis ille, qui hoc factum eſſe dicit, ad ejus probationem obſtringatur, cum ſcilicet partes in dubio a diſpoſitione juris communis receſſiſſe non videantur.

Accidentalia adeſſe non præſumuntur, adjici tamen poſſunt, & tunc illi, qui hoc aſſerit, itidem neceſſitas probandi incumbit.

Con-

Conſveverunt nonnulli adlata hæcce ſequentibus terminis ſuccinɛte exprimere; quod eſſentialia *debeant*: naturalia *ſoleant*: & denique accidentalia adeſſe *poſſint*.

DISTINCTIO IX.
Inter Naturalia *interna* & *externa*.

HAnc diſtinctionem tanquam à ſe primitus inventam tradit atque multis commendat Udalr. Zaſius *in intellect. juris ſingular. rubr. de ſubſtant. & natural. contract. p. m 88.* Naturalia *interna* vocat, quæ per naturam cohærent & ex viſceribus contractuum ſumta, quaſi intrinſeca qualitate inſunt, tanquam virtus à propria contractus ſpecie producta. Logici, addit, propriam paſſionem rerum nominant, velut ab eſſentialibus principiis enatam. Tale eſt, ut in contractu emtionis dominium per traditionem in emtorem tranſeat, nec non, ut in locatione conductor facultatem utendi re locata conſequatur. Lauterbach *ad h. t.* huc quoque doli præſtationem retulit.

Externa deſcribit idem Zaſius, quæ contractibus ex conſvetudine adſunt, & non alia ratione naturalia dicuntur, niſi quod frequentiori & aſſidua conſvetudine, quæ in nomen naturæ tranſiit, ad contractus acceſſerunt. Huc refert evictionis & culpæ præſtationem, & reliqua, quæ nos antea ad naturalia in genere retulimus.

Uſum

Uſum diſtinctionis eſſe dicit Zaſius, quod naturalia quidem externa pactis contrahentium mutari poſſint, non autem interna, v. g. ne dolus præſtetur, ne dominium in emtione transferatur &c. quo ipſo, ſubjungit, commode reſponderi poſſet ad *l. 80. §. fin. ff. de contrah. emt.* & ad *l. 24. ff. depoſ.* juxta quos textus alias ex mente Zaſii naturalia mutari nequeunt, unde maximam in explicando difficultatem orituram eſſe putat, niſi quis illas duas naturalium ſpecies admittere vellet.

Quamvis vero illa ſubtiliter diſputari poſſint, (ipſe enim Zaſius fatetur, rem eam egere ingenio & quidem inſtructo, ne ſubſtantialia cum naturalibus inſeparatis miſceantur) quantum tamen ad uſum practicum attinet, inter illa duo, *ſubſtantialia* contractuum eorumque *naturalia interna*, nulla differentia adeſſe & ſic entia præter neceſſitatem multiplicari videntur. Omnia enim, quæ de ſubſtantialibus prædicantur, etiam de memoratis naturalibus internis prædicari poſſunt & vice verſa. At vero duas res, de quibus eadem in univerſum & affirmantur & negantur, nihilominus diverſas ſpecies eſſe poſſe, ex regulis Logicorum non recordor. Conſenſus eſt ſine dubio primum omnium contractuum ſubſtantiale, ergo & ad eorum ſubſtantiam pertinet, ut dolus conſenſui oppoſitus exulet. Ita quoque ſine dubio ad eſſentiam emtionis pertinet, ut dominium per traditionem transferatur,

ratur, alias enim non eſſet emtio, id eſt, titulus dominii acquirendi habilis. Et ſine cauſa Zaſius *cit. leges* tanquam obſtantes & difficilis interpretationis ſibi imaginatus eſt; cum in illis, quantum ego quidem legere potui, hoc non dicatur, quod ea, quæ adduxit Zaſius, ad naturalia pertineant. Et quid ſi hoc etiam in iisdem vel in aliis juris textibus diceretur? Abuſive hoc fieret, ut ſæpe in aliis caſibus, ſed eo ipſo nova diſtinctio non introduceretur.

Reliquæ Diſtinctiones de pactis mutantibus vel adjicientibus aliquid: de pactis ex intervallo & in continenti adpoſitis, &c. jam ex iis, quæ ad tit. *de pactis* in genere diximus, dijudicari poſſunt.

DISTINCTIO X.

Inter Jus *προτιμήσεως* & *retractus*.

PRofluunt hæc duo ex uno eodemque fonte, & cuicunque competit jus protimiſeos ſive ex ſpeciali pacto, ſive immediate ex Legis diſpoſitione, ille etiam jure retractus gaudet, & vice verſa. Differunt ergo ſolummodo quoad diverſum conceptum. Jus *protimiſeos* eſt facultas, venditionem adhuc perficiendam oblato eodem pretio, quod tertius ſolvere paratus erat, *impediendi*; jus *retractus* e contrario, venditionem jam perfectam (ſcilicet, quæ me non conſentiente nec juri meo renunciante celebrata) iterum *reſcindendi*.

Plura ad hanc materiam pertinentia collegit ex Tiraquello aliisque Gothofr. Anton. *Diſp. feudal. 10. theſ. 1.*

DISTINCTIO XI.

Inter *Jus retractus* & *pactum de retrovendendo.*

SÆpe quidem Jus retractus tam late a DD. accipitur, ut quoque pactum de retrovendendo ſub ſe comprehendat; interim tamen accurate loquendo alterum ab altero longe eſt diverſum. Scilicet propter præcedens pactum de retrovendendo venditori intra, vel poſt præfinitum tempus rem venditam *ſimpliciter & absque ullo reſpectu* reemere permittitur; aſt jus retractus locum non habet, niſi eo caſu, *quando emtor rem emtam in tertium extraneum ulterius transferre intendit*, unde ſi liberi ſuccedant patri mortuo, vel pater etiam vivus liberis ſuis eam rem cedat, jus retractus nondum locum invenit, quia hic non ſubeſt alienatio in tertium aliquem, vid. Faber *in Codic. lib. 8. tit. 38. D. 21.* Illuſtr. Dn. Stryk *in not. ad Lauterbach. h. t. Verb. iterum vendita.*

DISTINCTIO XII.

Inter jus retractus *ex Lege*, & *ex conventione* competens.

HUjus diſtinctionis mentionem paulo ante injecimus ſub *Diſt. X. h. tit.* quæ adeo nunc

nunc aliquanto accuratius excutienda erit. Scilicet, ſi ex *ipſa lege* competit jus retractus, tunc res contra legis diſpoſitionem tertio vendita, à quocunque poſſeſſore iterum repeti poteſt, modo hoc intra annum a die adeptæ ſcientiæ, rem venditam eſſe, ſuſcipiatur, *v. 2. Feud. 26. §. Titius.* Carpzov. *P. 2. C. 32. Def. 1.* unde hæc actio communiter etiam illis, quæ in rem ſcriptæ dicuntur, accenſeri ſolet, Gail. *2. Obſ. 19. num. 6.* vid. Struv. *Juriſpr. Rom. Germ. l. 3. tit. 11. aph. 33.* Idem eſt, ſi jus retractus *ex teſtamento* mihi competat, quamvis hic nonnulli, ut Carpzovius *P. 2. C. 32. D. 9.* diſſentiant, vid. Struv. *l. c. aph. 21. in f.* Verum enimvero quotiescunque quis dicto jure *ex conventione* fruitur, tunc cautus eſſe debet, ut interveniat, antequam res vendita novo emtori tradita fuerit. Poſt traditionem enim jus retractus adhuc quidem effectum ſuum habet, non tamen talem, ut tertium poſſeſſorem convenire poſſim, ſed contra illum ſolummodo, qui vendendo leges pacti violavit, actio ad intereſſe datur, idque intra 30. annos. Exceptio eſſet, niſi quis hypothecam ſibi conſtitui curaſſet, vel pactum etiam commiſſorium adjeciſſet, tunc enim actione hypothecaria, vel ipſa rei vindicatione adverſus quemcunque poſſeſſorem intra tempus hiſce actionibus præfinitum experiri liceret, conf. Illuſtr. Stryk. *de inveſt. actioni ſect. 1. membr. 6. §. 24. 25. 26.* Thom. Maul. *de emt. vendit. tit. 7. num. 81.*

Carpzov. *loc. cit. Def. 8. 9.* Struv. *alleg. loc. aph. 21.*

Deinde hoc quoque tanquam notabilis differentia obſervandum, quod jus retrahendi ex pacto competens cuilibet cedi poſſit, niſi ad perſonam paciſcentis reſtrictum ſit, Mod. Piſtor. *p. 3. qv. 169.* Maul. *d. l. tit. 7. num. 46.* quod ſecus in eo, quod ex legis diſpoſitione competit, Boer. *deciſ. 159.* Struv. *d. l. aph. 23. & 32.* qui etiam omnes caſus, quibus ex ipſa lege jus retractus competit, accurate recenſet *aphor. 25. ſeqq.*

Lib. XIIX. Tit. II.
De in diem addictione.

DISTINCTIO I.
Inter Pacta, quæ *ex tunc* & quæ *ex nunc* venditionem factam reſolvunt.

TErmini hujus diſtinctionis paululum obſcuri ſunt, non tamen utilitate ſua deſtituuntur, ſi quis rite eos intelligit, & intelligi quoque debent, quoniam DD. iis communiter utuntur. Scilicet, ſi pacta venditionem reſolvunt *ex tunc*, tunc retrotrahuntur ad tempus initi contractus & perinde habetur, ac ſi contractus nunquam celebratus fuiſſet, unde etiam ille, qui hactenus rem em-

tam

tam poſſedit, omnes fructus & acceſſiones una cum ipſa re principali reſtituere tenetur. Exemplum eſt in pacto addictionis in diem & L. Commiſſoriæ, vid. *l. 4. §. 4. l. 6. pr. l. 16. ff. h. t. l. 5. l. 6. §. 1. ff. de L. Commiſſor.*

Quoties vero venditio *ex nunc* reſolvitur, v. g. in pacto de retrovendendo, toties emtor omnes ac ſingulos fructus durante tempore retrovenditionis perceptos irrevocabiliter retinet, nec venditori, qui poſtea rem vi hujus pacti recipit, ad eos conſequendos ulla ſuppetit actio, conf. *l. 2. C. de pact. inter emt. & vendit. compoſ.* ibi: *habita ratione eorum, quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem.*

DISTINCTIO II.

Inter Addictionem in diem *tacitam* & *expreſſam.*

Taciti quidem & expreſſi eandem eſſe vim & efficaciam alibi diximus & ſic hoc intuitu nullus adlatæ diſtinctionis uſus deprehenditur; exerit ſe tamen ille intuitu quæſtionis: *annon interdum addictio in emtione ſubintelligatur, quamvis expreſſa non fuerit?* Hic diſtinguendum eſt, utrum vendita ſit res à *privato* aliquo, an vero ab *ipſo Fiſco.* Priori caſu addictio in diem tacita nunquam ſubintelligitur, ſed indiſtincte & neceſſario adjicienda eſt, ſi quis ejuſdem effectibus perfrui velit; aſt poſteriori caſu ejuſmodi adjectio expreſſa non

requiritur, ſed addictio in diem venditionibus Fiſcalibus ex legis diſpoſitione jam ineſt, *l. 21. §. 7. ff. ad municipal, l. 4. C. de fid. & jur. haſt. fiſc.* ibique Gothofredus *in not.* Cujac. *l. 2. obſ. 24.* modo tamen adjectio ab alio licitatore intra tempora ſubhaſtationi præfinita fiat, quæ tempora pro diverſitate provinciarum admodum variant, v. Einleit. Civil-Proc. *c. 35. §. 14. ſeqq.*

DISTINCT. III.

Inter addictionem in diem ſub conditione *ſuſpenſiva* & *reſolutiva* factam.

EXplicatur hæc diſtinctio in *l. 2. pr. ff. h. t.* Quod ſi enim Partes dixerunt: *ut meliore conditione adlata* (ab emtione) *diſcedatur*, reſolutiva; ſi ita: *ut perficiatur emtio, niſi melior conditio offeratur*, ſuſpenſiva conditio adeſt.

Uſus practicus maxime in quæſtione de ſuſtinendis caſibus fortuitis rei venditæ accidentibus deprehenditur. Quod ſi enim per modum conditionis ſuſpenſivæ addictio in diem adjicitur venditioni; caſus fortuitus ea pendente accidens ad venditorem pertinet, quia ipſe adhuc fuit Dominus: contra, ſi res ſub conditione reſolutiva alicui addicitur, dominium ſtatim ad emtorem tranſit & per conſequens hic etiam ex natura dominii damnum fatale pati tenetur, *l. 2. §. 1. l. 3. & l. 4. ff. h. t.* Dion. Gothofr. *ad d. l. 2. §. 1. h. t.*

Porro in priori caſu emtor nec uſucapit, nec

nec fructus percipit; bene tamen in poſteriori, *ad. text.* modo ſcilicet melior non adferatur conditio, tunc enim omnia reſtituenda ſunt. Quod & tunc obtinet, licet primus emtor ad idem ſolvendum paratus ſit, quod tertius aliquis obtulit. Ad *idem*, inquam, ſolvendum. Quamvis enim Dn. Beyer *in Poſit. h. t. poſit.* 17. in ea opinione ſit, *quaſi in venditionibus privatis prior poſteriorem in pretio ſuperare debeat, & quod textus communiter afferri ſoliti aliud non probent*; neſcio tamen, quid ſibi velint verba Pauli *in l. 8. ff. h. t.* quando dicit, venditorem meliore conditione adlata priorem emtorem certiorem facere debere, *ut ſi quid* (non plus quam) *alius adjicit, ipſe quoque adjicere poſſit.* Neque refragantur verba ejusdem Pauli *in l. prec.* 7. *h. t.* ibi: *niſi prior paratus ſit plus adjicere*; hic enim *τὸ plus* non refertur ad illud, *quod ſecundus emtor obtulit*, ſed ad pretium *ab ipſo priori emtore oblatum*, cui noſtræ opinioni præterea etiam praxis ſuffragatur.

DISTINCTIO IV.

Inter pactum addictionis verbis *directis* & *obliquis* conceptum.

PRius fit per verba reſolutionem prioris contractus directo & ipſo jure atque ſine ullo emtoris facto intercedente inferentia, v. g. *res eſto inemta, contractus eſto nullus, liceat venditori rem ſuam vindicare, recipere, &c.* & tunc,

tunc, quamvis emtor rem ſub hoc pacto emtam de facto interim alienaverit, venditor tamen eandem à quocunque poſſeſſore vi Dominii ſibi competentis vindicare poterit. Secus eſt, ſi verba ita concipiantur, *quod emtor meliore conditione adlata rem reſtituere teneatur, &c.* tunc enim venditori nuda perſonalis actio adverſus emtorem ad illam reſtitutionem faciendam competit. Unde eſt, quod ſvadet Illuſtr. Stryk *in Caut. contract. ſect. 2. Cap. 8.* §. *27.* venditorem, ſi caute procedere velit, directis potius, quam obliquis verbis uti debere. Idem in reliquis pactis reſolutivis obſervandum.

LIB. XIIX. TIT. III.

De Lege Commiſſoria.

DISTINCTIO I.

Inter L. Commiſſoriam *cum die* & *ſine die*.

Uſus in eo conſiſtit, quod *priori* caſu mora ſine ulla interpellatione contrahatur, cum & hic dies pro homine interpellet, quam tamen moram emtor tamdiu purgare poteſt, quamdiu venditor nondum declaravit, utrum jure ſuo uti velit, an minus. *Poſteriori* caſu ad id, ut emtor in mora conſtituatur,

tuatur, interpellatione ſine dubio opus eſt, v. g. ſi dixerit emtor, Er wolle das Kauffgeld in kurtzem bezahlen/ hoc enim in puncto non conſiſtit. Verum enim vero licet ita mora ex interpellatione oriatur, eam tamen usque ad litisconteſtationem purgari poſſe, aſſerunt DD. conf. Lauterbach. *ad h. t.*

Lib. XIIX. Tit. IV. De Hereditate & actione vendita.

DISTINCTIO I.

Inter Hereditatem *delatam* & *futuram*, & hanc vel *tertii certi*, vel *incerti*.

Hereditas jam delata non minus diſpoſitioni noſtræ ſubjacet, quam aliæ res, & ergo eandem quoque vendere ſine dubio permiſſum. Aſt in hereditate futura non item. Hic enim ſubdiſtinguendum, an vendatur hereditas tertii *certi*, utrum vero alicujus *incerti*. *Priori* caſu venditio non eſt permiſſa, ob votum captandæ mortis, niſi tertius ille conſentiat & in eodem conſenſu perſiſtat, vid. *l. ult. C. de Pact.* Secus autem eſt *poſteriori* caſu, ubi ejusmodi præſumtum votum captandæ mortis ceſſat, & ſic quoque ratio *all.*

 l. ult.

l. ult. deficit, in qua lege dicitur, pacta de hereditate tertii certi odioſa eſſe & triſtisſimi & periculoſi eventus plenisſima, atque adeo contra bonos mores ea impingere, vid. Hartman. Piſtor. *P. 4. qu. 1. n. 5. & 29.*

DISTINCTIO II.

Inter Pacta de hereditate *conſervativa*, *acquiſitiva*, *reſtitutiva* & *renunciativa*.

PActa *conſervativa* vocantur, quæ inter cognatos, jure ſuccesſionis ab inteſtato jam alias gaudentes, interponuntur, eo fine, ne forſan à ſperata ſuccesſione per teſtamentum cognati excludantur. Talia ſunt, quando e. g. filius metuit, ne à patre propter delictum ex *Nov. 115.* admiſſum exheres fiat, & propterea cum eodem paciſcitur. Item, quando frater cum fratre pactum init, ne facto teſtamento extraneum inſtituat, vid. Struv. *S. J. C. Exerc. 10. th. 11. in fin.* Hæc ipſo jure Romano (& ſic multo magis moribus noſtris) permiſſa eſſe, oſtendit Illuſtr. Stryk *in tr. de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 8. Cap. 12. §. 16. & 17.*

Acquiſitiva ſunt, quibus novum plane jus ſuccesſionis nobis obvenit, quod alias nec ex jure civili, nec ex Prætorio habebamus. Hæc jure Romano militibus quidem permittuntur, *l. 19. C. de Pact.* neutiquam vero paganis, idque, ſive ſimplicia ſint, ſive reciproca, prout contra

tra Gailium, Muſculum alioſque oſtendit Id. *d. l.* §. *19. ſeqq.* Sed quid moribus noſtris? inter Perſonas illuſtres, Status ſcilicet Imperii aliosque Imperio immediate ſubjectos, ea licita eſſe, unanimis D D. eſt aſſertio, unde pacta *confraternitatis* & *Ganerbinatus* originem habent, vid. Hahn *de jur. rer. concluſ.* 74. *num.* 34. Myler. ab Ehrenbach *de Princ. & Stat. Imper. P.* 1. *c.* 25. §. 33. Strauch *Diſſert. Acad.* 3. *aph.* 7. de Nobilibus mediatis idem aſſerit Nic. Betſ. *de pact. famil. cap.* 5. verum reclamat reliquorum cohors, & ſic illis quoque, qui civici ordinis ſunt, hoc jus ineundi pacta denegat. Rationem differentiæ adducunt, quia Principes Imperii legibus civilibus ſunt ſoluti & ſic quoad ſucceſſionem proprias leges ſibi ipſis condere poſſunt, Betſ. *loc. cit. cap.* 4. Klock *Tom.* 3. *Conſ.* 150. *num.* 6. Illuſtr. Dn. Stryk *cit. tr. Diſſ.* 8. *c.* 7. §. 19. quod aliter ſeſe habet intuitu ſubditorum, quippe quos jus civile adhuc ſtringit. Concedunt tamen privatis pacta *inter conjuges* & *unionis prolium*, de quibus prolixe agitur in *d. Diſſ.* 8. *cap.* 5. & 6.

Reſtitutiva pacta involvunt fideicommiſſum aliquod, dum de unius ex paciſcentibus propria hereditate alteri paciſcentium, aut illi, cui is vult, reſtituenda ineuntur. Hæc jure Romano jam licita fuiſſe probatur *cit. loc. cap.* 9. §. 4. & *cap.* 12. §. 37. hodie inter familias illuſtres præcipue frequentantur, unde bona *Majoratus*, ſeu *Senioratus*, *d. Cap.* 9. §. 7.

Deni-

Denique *renunciativa* vocantur, quando quis hereditatem alias ad ſe pertinentem ſponte omittit, v. g. ſi filius propter acceptas ſtudiorum impenſas, vel filia propter acceptam dotem, reliquæ hereditati paternæ renunciat. De hac quidam diſputant, utrum de jure Romano valuerit, annon, &c. non pauci negativam defendunt; verum enim vero ut rationes ab utraque parte adſerri ſolitas prolixe hic recenſeamus, inſtituti noſtri non eſt, videſis Illuſtr. Dn. Stryk. *d. Diſſ. 8. Cap. 12. §. 38. ſeqq.* qui affirmativam propugnat. Nobis ſufficere poteſt, quod juxta mores hodiernos validitas ejusmodi pactis non denegetur, idque ſive à privatis, ſive ab illuſtribus perſonis celebrentur, vid. Carpzov. *P. 2. C. 35. Def. 8.* Exempla habes in *cit. tr. de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 8. c. 10. §. 4. ſeqq.* vid. Guttierez *in c. quamvis 2. de pact. in 6. verb. filia num.* 4. Struv. *Exerc. 35. theſ. 50.* Id probe hic obſervandum, quod non nuda ſufficiat renunciatio, ſed quod ea juramento confirmari debeat, *c. 2. de pact. in 6.* Coler. *Deciſ. 38.* adeo, ut aſſertionem bey Fürſtlichen / Gräfflichen / Adelichen Ehren / item an Eydesſtatt / non ſufficere ſtatuant, Kellenbentz *de renunciat. ſucceſſ. quæſt. 3.* ſecus de jure Saxonico communi, ubi tale juramentum non exigitur, ſed ſola renunciatio ſufficit, Land-Recht *lib. 1. art. 13.* Richter *Deciſ. 69. n. 7. ſeqq.* Struv. *cit. Exerc. 38. th. 50.*

DI-

DISTINCTIO III.

Inter venditum nomen *verum* & *bonum*.

DUplex in nominibus ceſſis moveri ſolet quæſtio; (1.) *an revera debeatur?* & (2.) *an etiam debitor ſolvendo ſit?* Ex affirmatione prioris, *veri*; ex poſterioris autem, *boni* nominis prædicatum oritur. Non ſunt hæc nuda ſaltem vocabula, ab otioſis metaphyſicis inventa, ſed effectum quoque poſt ſe trahunt. Quæritur enim: *an cedens ad utrumque, verum ſcilicet & bonum nomen, an vero ad alterutrum ſolummodo præſtandum obligetur?* Reſpondet Ulpianus in *l. 4. ff. h. t.* ſi nomen ſit diſtractum, *locupletem eſſe* debitorem, non debere præſtare: *debitorem* autem *eſſe* debere præſtare, niſi aliud convenit. Quod variis modis ampliant DD. ſcilicet, quamvis jam periculum tempore venditionis adfuerit & venditor evictionem expreſſe promiſerit, aut denique emtor ignoraverit, debitorem non eſſe ſolvendo, Frantzk. *ad tit. de evict. num. 25. 27. ſeqq.* Lenz *de nom. ceſſ. c. 27. Membr. 7. 14. 15. ſeqq.* Lauterbach *ad h. t.* Exceptio eſt, niſi in dolo fuerit cedens, aut expreſſe promiſerit, quod non ſolum *verum*, ſed etiam *bonum* nomen emtori præſtare velit, vid. Aut. *allegg.*

DI-

DISTINCTIO IV.

Inter actionem *utilem* & *directam* à ceſſionario inſtitutam.

UTilem actionem illam vocant, quando Ceſſionarius *ſibi* obligatum eſſe dicit Debitorem, *ſeque* creditorem appellat & *venditionem, vel donationem tanquam titulum ceſſionis* allegat; E contrario autem *directam*, quando ceſſionarius *in perſonam cedentis* concludit, & *in ipſa* ceſſione ſeſe fundat, Franc. Caldas *de emt. vendit. c. 24. num. 28.* B. Brunneman. *de ceſſ. act. c. 5. num. 19.* Subtiliter ſatis! unde videri poterat, hic idem applicandum eſſe, quod alias de diſtinctione inter actiones directas & utiles diximus, eam mere theoreticam eſſe & nullum omnino in praxi uſum præſtare; ſed neſcio, quo fato evenerit, quod communiter DD. hac parte adhuc utilitatem aliquam adeſſe aſſerant.

Scilicet uſus juxta eos conſpicitur (1.) *intuitu reconventionis à debitore ceſſo inſtituta.* Quod ſi enim directa egerit actione ceſſionarius, ad eandem reſpondere tenetur; ſecus, ſi utili, vid. Brunneman. *d. c. 5. num. 10. & 11.* ubi tamen prius in eo caſu limitatur, ſi ceſſio neceſſaria fuerit, aut voluntaria quidem, ſed tamen ex cauſa oneroſa profecta, modo abſit dolus, & læſio debitoris ceſſi hic non expreſſe inten-

intendatur, quæ & ſimiles limitationes totam fere regulam abſorbent.

(2.) *Intuitu exceptionum, quæ ceſſionario opponi poſſunt.* Exceptio enim, quæ cedenti obſtabat, indiſtincte etiam Ceſſionario opponitur, ſi actionem directam inſtituit. Verum, ſi actione utili experitur, actiones ipſam rem concernentes ſolummodo admittere tenetur, v. g. ſolutionis, compenſationis, (quas fuſe recenſet Brunneman. *d. tr. cap. 6. num. 29.*) non autem eas, quæ qualitatem perſonæ cedentis reſpiciunt, v. g. competentiæ. Hinc ſi v. g. ſocius contra ſocium ipſe ageret, frueretur Reus condemnatus hoc competentiæ beneficio; verum ſi actionem eam extraneo cedit & hic actione utili experitur, reus beneficio ſuo excidit. Dura ſane aſſertio, quam propterea recte perſtringit Id. *d. c. 6. num. 21. 22.* Limitant illam, ſi actio titulo lucrativo ſit translata, vid. Joh. à Sande *de ceſſ. act. cap. 13.* Franc. de Caldas *de emt. & vend. cap. 24. num. 56.*

Reliqua, v. g. quod actio directa ſit *nativa* & ex ceſſione ſeu mandato oriatur: utilis autem *dativa*, quæ ab Imperatore, (antiquam ſubtilitatem tollere volente, vid. *l. 5. C. de hered. vel act. vendit. l. 1. in f. C. de O. & A.*) data eſt iis, qui juſtum titulum absque actuali ceſſione habent: Item: quod directa expiret morte cedentis, non utilis: nec non, quod ceſſionarius ipſum cedentem intuitu ceſſionis

utili

utili quidem, non vero directa actione convenire poſſit, vid. Brunneman. *d. c. 5. num. 6. ſeqq.* leviora eſſe videntur.

Vides ergo B. L. eam eſſe interpretum ſententiam, quod melius faciat ceſſionarius, ſi actione utili, quam ſi directa experiatur. Ergo illa quoque ſemper eligenda erit, id quod in dubio etiam factum eſſe præſumitur, præcipue ſi herba betonica, famoſa illa clauſula ſalutaris, libello adjecta eſt.

Lib. XIIX. Tit. V.

De reſcindenda venditione & quando licet ab emtione diſcedere.

DISTINCTIO I.

Inter læſionem *modicam*, *enormem* & *enormisſimam*.

Modica vocatur, quæ eſt infra dimidium: *enormis*, quæ eſt ultra dimidium, id eſt, quando vel emtor plus quam duplum ſolvit, vel venditor ne dimidiam quidem juſti pretii partem accepit: *enormisſimam* appellant, quando læſio ultra triplum, quadruplum, &c. adeſt.

Ob *modicam* minorennes quidem reſtituuntur, modo non plane ſit minima, non autem majores, prout ex *tit. de minor. 25. ann.* con-

conſtat; verum ob enormem & enormiſſimam majorennibus etiam ſuccurrunt Leges. Hac parte ergo inter enormem & enormiſſimam nulla adeſt differentia. Nec illud alicujus momenti videtur, quod dicit Carpz. *P. 2. Conſt. 34. Def. 7. princ.* læſionem enormisſimam contractum *ipſo jure nullum* reddere; propter enormem autem *reſtitutione civili* ex *l. 2. C. de reſc. vend.* opus eſſe; hoc enim legum autoritate deſtituitur, quæ ob *præſumtum* dolum contractum pro nullo nunquam declarant, ſed ſolum ob dolum verum. Ergo hoc unicum remanet, quod nempe, ſi quis beneficio reſcindendi contractum ob læſionem renunciat, ea renunciatio in dubio ſaltem de enormi intelligenda ſit, non autem de enormisſima; quippe de qua probabiliter non cogitavit renuncians, ad non cogitata autem renunciatio extendi nequit. Idem eſt, ſi majorennis juravit, ſe contractum ſervaturum eſſe; tunc enim juramentum infert quidem renunciationem læſionis enormis, neutiquam vero enormisſimæ, vid. Barboſ. *ad l. 2. C. h. t. num. 30.* Frantzk. *l. 1. Reſol. 4. num. 25. & 31.*

Equidem nonnulli putant, quod ob læſionem enormisſimam etiam tertius poſſeſſor conveniri posſit, non vero ob enormem, vid. Berlichium, Barboſam & quos præterea citat Lauterbach. *ad h. t.* verum hæc differentia iterum autoritate juris deſtituitur, nec leges a

 Lau-

Lauterbachio tanquam obſtantes allegatæ, *l. 94. §. 1. ff. de Leg. 1. l. 13. §. 1. ff. de minor. & l. 67. ff. de contrah. emt.* ad hanc quæſtionem in ſpecie pertinent, ſed ad eam in genere: annon ob læſionem tam enormem, quam enormiſſimam in ſubſidium tertius conveniri poſſit? quod quamvis generaliter ex dictis textibus probari nequeat, a DD. tamen in praxi conceditur, Struv. *S. I. C. Ex. 23. theſ. 92.*

Lib. XIIX. Tit. VI.

De Periculo & commodo rei venditæ.

DISTINCTIO I.

Inter Venditionem *perfectam* & *conſummatam.*

Perfectio venditionis ex declaratione conſenſus reciproce facta, *conſummatio* autem ex ſubſequente traditione dependet. Quoad facultatem pœnitendi, commodorum perceptionem & onerum præſtationem inter utramque nihil intereſt, hæc omnia enim ſemper ad emtorem pertinent, ſive perfecta fuerit venditio, ſive conſummata. Unica ſaltem adeſt differentia, ſcilicet *intuitu actionis realis* inſtituendæ. Hinc ſi ante traditionem

tionem res vendita ad tertium poſſeſſorem pervenit, emtor contra eundem non poteſt inſtituere actionem realem, ſed venditor, quia jus vindicandi demum ex traditione oonſequitur emtor. Et hinc non abſolute, ſed hoc ſaltem reſpectu venditor ante traditionem adhuc dicitur Dominus in *§. 3. J. de emt. vend. ibi: utique tamen rei & condictionem exhibere debebit emtori: quia ſane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipſe Dominus eſt*, ex quo §. nec non ex *l. 20. C. de pact.* & ex *arg. l. 3. pr. ff. de O. & A.* Lauterbach proinde ad *tit. ff. de acquir. rer. dom.* male infert, quod theſaurus ante traditionem in fundo vendito repertus ad venditorem pertineat, hic enim reſpectu emolumentorum non eſt Dominus, *v. d.* §. 3. *J. de emt. vend* Fluit vero ex adductis, quod ſi venditor ante traditionem rem venditam tertio alicui denuo vendat, primus emtor contra hunc ſecundum actionem etiam non habeat, ſed ſaltem contra venditorem ad intereſſe.

Ergo, ut binis verbis ſummam rei exhibeamus: venditio *perfecta* actionem perſonalem contra ſolum venditorem: *conſummata* autem realem adverſus quemcunque poſſeſſorem rei venditæ producit.

Lib. XIX. Tit. II.

Locati Conducti.

DISTINCTIO I.

Inter Locationem *rerum* & *operarum.*

IN Locatione rerum locator ad uſum rei concedendum *preciſe* obligatur, vid. Zœſius *h. t. num. 5. in f.* at vero in locatione operarum liberatur, modo intereſſe præſtet. Porro: Locatio operarum non tranſit ad heredes, quia utplurimum induſtria perſonæ eſt electa; ſecus in locatione rerum, quæ ad heredes utriusque tranſit, tam locatoris, quam conductoris, ob defectum modo adductæ rationis. In locatione operarum interdum præſtatur culpa levisſima, ſi quis tanquam artifex aliquid expedire obſtrictus eſt, *l. 25. §. 7. ff. h. t.* ſed in locatione rerum præter levem culpam nihil exigitur. In locatione operarum interdum aliquis ad operas alteri præſtandas invitus cogi poteſt, ſic v. g. ruſtici (licet non ſint homines proprii) operas, quas locandas deſtinarunt, nondum tamen alicui in ſpecie promiſerunt, tenentur easdem Dominis ſuis præ aliis locare, modo Dominus eodem tempore illas exigat eandemque mercedem offerat, vid. Carpzov. *P. 2. Conſt. 51. Def. 9.* verum ad locationem rerum nemo unquam compellitur, &c.

DI-

DISTINCTIO II.
Inter locationem *operarum* & *operis*.

LOcationem *operarum* vocant, quando operæ nudæ & indeterminatæ, v. g. à famulis noſtris & ancillis promittuntur; *Operis* vero, quando operæ ad certum aliquod opus perficiendum ſunt deſtinatæ, v. g. ut faber lignarius, vel murarius, integrum ædificium, aut partem aliquam extruat. Jam ulterius ita pergunt D.D. in locatione *operarum* is dicitur Locator, qui uſum rei, vel operas præſtat & mercedem accipit, conductor vero, qui pro uſu rei vel opera mercedem ſolvit. Sed in locatione *operis*, qui eſt Locator operæ ſuæ, der ſeine Arbeit verdinget / ille dicitur Conductor reſpectu operis faciendi, v. g. ædium; qui vero eſt conductor operæ, der etwas machen läßt / ille dicitur Locator reſpectu operis, des Dinges das Er machen läßt / & hic mercedem ſolvit. Ita hoc explicat Rebhan. *Hodeg. jur. chart. 2. clim. 4. §. 10.* & ex eo Hopp. *Exam. J. b. 4. qu. 3.* aliique.

Subtilia inventa, fateor, ſed ita ſubtilia, ut propter ſubtilitatem ſuam omnem in foro utilitatem amiſerint. An enim exinde, quod locator operæ intuitu operis, ad quod operas ſuas locat, conductor vocatur, novum jus, aut nova obligatio, aut alius aliquis novus atque peculiaris effectus profluit? Ego ſane hactenus non vidi ullum, qui hoc demonſtraſ-

ſet. Hinc ſufficere poteſt, modo quis ſciat: *Locatorem* vocari illum, qui mercedem accipit, *Conductorem* autem, qui mercedem ſolvit, & hoc ſine diſtinctione, utrum locatio operarum, operis, aut rerum adſit.

DISTINCTIO III.
Inter Locationem *regularem* & *irregularem*.

Irregularis *in l. 31. ff. h. t.* appellatur, quando res aliqua locatur, non ut eadem, ſed ut ſimilis, vel ejusdem generis redderetur, veluti cum argentum puſullatum fabro daretur, ut vaſa fierent, aut aurum, ut annuli. Et hoc caſu dominium transfertur, quod ſecus in regulari. Poſſes etiam ad irregularem locationem referre, quando *non nummo, ſed partibus locavit* aliquis, dicente Plinio *lib. 9. Epiſt. 37.* id eſt, quando Colonus non certam mercedem in pecunia numerata conſiſtentem, nec certam fructuum quantitatem, ſed incertam, ſeu partem *quotam*, v. g. ſemiſſem, trientem &c. ejus, quod natum fuerit, locatori ſuo præſtat, qui in *l. 25. §. 6. ff. h. t. Colonus partiarius* dicitur. Hic enim revera adeſt ſocietas. Unde Conductor culpam levem in concreto ſolummodo præſtat, non in abſtracto, ut alias. Quod ſi etiam maximum lucrum conſequeretur colonus, locatori ejus partem præſtare tenetur, & e contrario locator etiam minimum da-

damnum pro rata ferre obſtrictus, quod in ſocietate regulari utrobique ſecus ſe habet, *v. d. l. 25. §. 6. ff. h. t.* Poſſes etiam hoc addere, quod hæc conductio irregularis non tranſeat ad heredes, vid. Gothofred. *ad d. l. 25.* conſ. de colono partiario Mantica *de tac. & ambig. convent. l. 5. tit. 2. num. 26.*

DISTINCTIO IV.

Inter *Colonum* & *Inquilinum.*

QUi agrum conduxit, vel aliud prædium ruſticum, *colonus*; qui ædes, *inquilinus* dicitur. Ita theoretice differunt, ſed adeſt etiam uſus practicus, ſcilicet *in relocatione tacita.* Intuitu Inquilini enim relocatio ſaltem fit ad illud tempus, quo conductor ultra tempus ab initio determinatum in re conducta manſit, unde ſi prima locatio ad annum inita fuit, relocatio non ſtatim quoque ad annum inita cenſetur, ſed ad ſex, vel plures ſeptimanas, quousque ſcilicet inquilinus permanſit, *l. 13. §. fin. ff. h. t.* ſed in colono aliud obſervatur. Quia enim in prædiis ruſticis fructus non quotidie percipiuntur, ut in urbanis, ſed integro demum anno elapſo, hinc locatio quoque ad annum renovata eſſe præſumitur, *d. l. 13. §. fin. h. t.* Interdum quoque ad triennium, vel quinquennium, quando fructus in omnibus campis non poſſunt perfecte, niſi exacto demum triennio, percipi, vid. Frantzk.

ad h. t. num. 18. Brunneman. *ad d. l. 13. ff. h. t. num. 18.* qui quæſtiones huc pertinentes fuſe pertractat.

De jure Romano etiam non levis effectus hujus diſtinctionis in eo deprehendebatur, quod res *inquilini* locatori tacite obligatæ erant, in ſecuritatem mercedis ab inquilino ſolvendæ, *l. 4. ff. in quib. cauſ. Pign. vel hyp. tac. contr.* non vero res *coloni, d. l. 4.* Hodie autem DD. hanc differentiam ceſſare & res coloni non minus, quam inquilini, Locatori tacito pignoris vinculo obſtrictas eſſe aſſerunt, vid. Mev. *P. 4. Deciſ. 127.* qui etiam adlatam differentiam ne quidem Legibus Romanorum convenire dicit, quamvis de hiſce aſſertionibus ego adhuc dubitem.

DISTINCTIO V.

Inter Conductorem rerum *privatarum* & *fiſcalium* ſ. publicarum.

Conductores rerum privatarum finito contractu & tempore in eodem determinato, non obligantur, ut ulterius inviti conductionem continuent. Pacta enim & hic dant legem contractui. Verum, ſi Conductor vectigalium maximos fructus conſecutus ſit & vectigalia tanta mercede poſtea locari non poſſint, tunc invitus ad conductionem continuandam cogitur per *l. 11. §. fin. ff. de publican.*

Pere-

Peregrin. *de jur. fiſc. l. 6. tit. 5. n. 9.* Boër. *Deciſ. 249. num. 2.*

Qui bona civitatum (quo pertinent etiam fiſcalia) durante conductionis tempore fructuoſiora reddidit, ipſi deinde prærogativa præ aliis competit, ſi conductionem continuare velit, H. Piſtor. *obſ. 162. num. 8. ob l. congruit. 4. C. de locat. prædior. civil.* Brunnem. *ad l. 11. ff. de Publican.* quod ſecus in conductoribus rerum privatarum.

Tutores & Curatores vectigalia conducere nequeunt, donec rationes reddiderunt, & ſi forte diſſimulato munere conduxerint, pœna falſi coercentur, *l. un. C. ne tutor. vel curat. vectig. cond. l. 49. ff. Locati.* ſed à conductione rerum privatarum nemo, & ſic neque Tutores & Curatores arcentur, vid. Struv. *Exerc. 39. theſ.* 37.

Qui vectigalia conduxit, eo ipſo pro Patrefamilias habetur, & ſic in eo ceſſat SCtum Macedonianum, per *l. 3. §. 1. ff. ad SC. Maced.* aliud, ſi filiusfam. privata prædia conduxit, Struv. *loc. cit.*

DISTINCTIO VI.

Inter Locationem ad tempus *longum* & *modicum* factam.

USum in eo conſtituunt, quod locatio ad tempus *longum* facta, in conductorem ſpeciem dominii cujusdam utilis transferat,

vid. Carpzov. *l. 5. Reſp. 17. num. 10.* Garſ. *de Expenſ. c. 14. num. 1. ſeqq.* aliosque plures; quod ſecus eſt in ea locationis ſpecie, quæ ad brevius tempus initur. Quamvis vero hæc DD. opinio principiis juris aperte contrarietur, cum ſcilicet locatio ab initio non ſit titulus ad transferendum Dominium habilis & ſic quoque ex poſtfacto eam habilitatem conſequi non poſſit, conf. *l. 39. ff. h. t.* nihilominus tamen ad evitandas lites tanquam cautelam commendat Illuſtr. Stryk. *de Caut. contr. ſect. 2. c. 9. §. 6. ne locatio ultra novem annos fiat, vel ſi in longius tempus eadem placuerit, ut addatur pactum, de locatione quovis novennio renovanda.*

Lib. XIX. Tit. III.
De Æſtimatoria.

DIST. I.

Inter Contractus innominatos *regulares* & *irregulares*.

Ad *priores* referunt contractum *do ut des: facio ut des: do ut facias: facio ut facias:* ad *poſteriores* autem contractum *permutationis* & *aſtimatorium.* Irregulares autem ideo hi duo vocantur, quoniam ad contractus nominatos quam proxime accedunt, ſimulque nomen aliquod habent, vid. Lauter-

bach.

bach. *Comp. jur. tit. de contr. innomin.* Paulo aliter Struv. *Exerc. 25. th. 2.* Quemadmodum vero ſupra *ad tit. de Pactis* differentiam inter contractus nominatos & innominatos in genere rejecimus, quia facultas pœnitendi nec in his nec in illis locum amplius invenit, prout contra diſſentientem ſibique ipſi contradicentem Carpzovium *P. 2. C. 33. Def. 23.* & contra alios jamdum oſtendit Illuſtr. Dn. Stryk. *de inveſtig. act. ſect. 1. membr. 7. §. 3.* ita quoque præſentis diſtinctionis nullam omnino in foro hodie utilitatem eſſe, intrepide aſſerimus. Ex irregularibus non minus, quam regularibus, oritur actio præſcriptis verbis, & in neutra claſſe pœnitere amplius licet, conf. Id. *loc. cit. §. 8.* Præterea inter contractum permutationis & do ut des nullam revera intercedere differentiam, jam alii monſtrarunt, unde unicus ſaltem irregularis manet contractus innominatus, æſtimatorius ſcilicet.

Cum DD. ſub hoc titulo de materia æſtimationis in genere agere ſoleant; hinc ſubjungenda quoque fuit

DISTINCTIO II.

Inter Æſtimationem *venditionis* & *taxationis* cauſa factam.

Prior dominium rei æſtimatæ in accipientem transfert, & per conſequens omnes ejusdem effectus, commodum ſcilicet & incom-

commodum, ipſumque caſum fortuitum. Neque etiam danti licet reſtituto pretio rem æſtimatam iterum recipere, ſed accipiens illam invito dante retinere poteſt. *Poſterior* huncce ſaltem ſcopum habet, ut ſi forſan accipiens rem æſtimatam deterioraverit atque corruperit, dans eo melius intereſſe, quod hoc nomine prætendit, probare poſſit. Sic v. g. res alteri conceſſa a peritis 100. thal. æſtimatur: accipiens iſtam admodum deterioratam reſtituit, unde facta reſtitutione ab iisdem peritis 60. thal. ſolummodo æſtimatur; patet hinc ſtatim, dantem 40. thal. intereſſe nomine petere poſſe.

Sed quæritur hic, quid *in dubio* præſumendum ſit: *utrum ſcilicet æſtimatio venditionis, an ſaltem taxationis cauſa contractui adjecta fuerit?* Puto, hanc quæſtionem ex vulgata regula: quod acceſſorium naturam ſui principalis ſequatur, facile decidi poſſe. Scilicet contractus, quibus adjicitur rei æſtimatio, vel *eſt habilis ad transferendum dominium*, vel *non eſt*. *Priori* caſu, æſtimatio venditionis cauſa facta eſſe præſumitur, & huc præcipue refertur contractus dotis, *l. 15. ff. de jur. dot. l. 10.* §. 4. *ff. eod.* quia maritus dominus rerum dotalium per hunc contractum efficitur. Ex quo patet, quod ſi in pactis dotalibus hæc clauſula deprehendatur: Es bringe die *Caja* dem *Sempronio* ein Hauß *nomine dotis* zu, welches hiemit auff 2000. Rthl. angeſchlagen werde; quod, in-

inquam, hoc caſu, ſi illæ ædes per incendium aliumque caſum fortuitum pereant, damnum ad maritum pertineat & hic nihilominus ad reſtituendos iſtos 2000. thal. ſit obligatus. E contrario autem hoc commodum, v. g. in Saxonia ad ipſum pertineret, quod mortua uxore totam ſummam tanquam heres mobiliaris lucretur, cui lucro absque facta æſtimatione locus non fuiſſet, vid. Carpzov. *P. 3. C. 23. Def. 26.* Poteſt etiam tunc maritus libere de fundo dotali diſponere.

Poſteriori caſu, ſi ſcilicet æſtimatio adjicitur contractui ad transferendum dominium inhabili, v. g. locationi, commodato, depoſito, pignori, &c. tunc taxationis gratia hoc factum eſſe cenſetur. Non leviter quidem obſtare videntur verba *l. 5. §. 3. ff. commod. & ſi forte res æſtimata data ſit, omne periculum præſtandum*; verum enim vero verba immediate ſubſequentia: *ab eo, qui æſtimationem ſe præſtaturum recepit*, liquido oſtendunt, dictam *legem* de eo caſu loqui, quando accipiens per *expreſſum* pactum periculum adjecta æſtimatione rei traditæ in ſe recepit; at nos in præſenti de eo disquirimus, quid *in dubio* præſumendum ſit. Idem reſponderi poteſt ad *l. 3. & ad l. 54. §. f. ff. Locati.* Quo pertinet, quod addit Lauterbach *h. t. ſi tamen hiſce in caſibus fuerit conventum, ut res incorrupta, vel ejus æſtimatio reſtituatur, tum omne periculum pertinet ad accipientem.* Plurima ſcitu neceſſaria de æſti-

mā-

matione dotis v. apud Mevium *ad jus Lubec. lib. 1. Tit. 5. art. 8. num. 21. ſeqq.* ubi in ſpecie & hoc tradit, dotem æſtimatam venditionis gratia datam cenſeri, ſi æſtimatio, vel pretii determinatio, arbitrio boni viri committitur. Ceterum ſupponitur, maritum ſolvendo eſſe, *ib. n. 31.* unde in caſu inopiæ, uxor rem dotalem æſtimato datam nihilominus vindicat. Add. Rauchbar *p. 2. qu. 29.* Gometz *var. reſolut. l. 2. c. 7. num. 1.* Panormit. *in c. un. X. de commod. n. 23.* & præ aliis Brunneman. *ad d. l. 5. §. 3. ff. commodati num. 5. ſeqq.* Maſcard. *de probationib. concluſ. 1664.* Burgund. *de peric. & culp. cap. 12.*

LIB. XX. TIT. I.

De Pignoribus & Hypothecis, & qualiter ea contrahantur & de pactis eorum.

DISTINCTIO I.

Inter Pignus *legale* (tacitum) & *conventionale* (expreſſum.)

Pignus *legale* certæ tantum perſonæ habent, v. g. liberi in bonis parentum ratione adventitiorum: pupilli in bonis tutorum & univerſitates in bonis adminiſtratorum: Locator in rebus ab inquilino illatis & in

& in fructibus a Colono perceptis, Legatarii, Uxores, &c. de quibus late Brunnem. *Proc. Conc. Cred. cap. 5. §. 51.* aſt *conventionale* omnes creditores habere poſſunt.

Qui ad pignus *legale* provocat, certum juris textum proferre tenetur, in quo hoc ipſi conceditur, & tunc nulla conventione opus eſt: aſt qui *conventiale* pignus prætendit, jus ſuum ex ſpeciali contractu pignoratitio adſtruere tenetur, non enim pro ſe hac parte præſumtionem habet. Ex quo ſimul patet, omni fundamento deſtitui eorum opinionem, qui jus tacitæ, vel legalis hypothecæ etiam aliis nonnullis concedunt, quorum tamen Leges nullam mentionem injiciunt, v. g. quod Dominus in bonis furis reliquis, juxta Carpzov. *P. 4. Conſt. 39. D. ult.* nec non quod deceptus in bonis ejus, qui animo novandi transactionem doloſe ſuſcepit, tacitum pignus habeat, quod vult Berlich *P. 1. Concl. 67. num. 91.* quamvis enim forte allegarent, æquitatem tamen poſtulare, ut hiſce perſonis ſuccurratur; ego tamen reſponderem, æquitatem etiam poſtulare, ut omnibus & ſingulis Creditoribus ſatisfiat, & ergo omnibus Creditoribus etiam jus tacitæ hypothecæ adſcribendum fore, quod tamen abſonum eſſe quilibet facile perſpicit, conf. Brunneman. *loc. prox. cit.*

DI-

DISTINCTIO II.

Inter pignus legale *purum* & *mixtum*.

PUrum vocant, ubi nullum plane factum ejus præcedit, in cujus bonis pignus competit: *Mixtum* e contrario, ubi aliquod factum præcedit, non autem tale; quod ad conſtitutionem pignoris liquido tendit; & huc referunt pignus locatori in rebus inquilini competens, non omnibus, ſed illis, *quas in ædes conductas intulit*; *illatio* enim eſt illud factum; ex quo dicta mixtura profluit, vid. DD. paſſim. Sed ſi dicendum, quod res eſt, hæc diſtinctio mere theoretica eſſe nullamque in foro utilitatem producere videtur. Utrumque enim, & purum & mixtum pignus, eundem ubique effectum poſt ſe trahit.

DISTINCTIO III.

Inter pignus *judiciale* & *Prætorium*.

PRius propter præcedentem rem judicatam per pignorum captionem, vel per miſſionem in poſſeſſionem bonorum in illius bonis conſtituitur, qui ſententiæ ſponte parere recuſat, *l. 2. & 3. C. ſi in cauſ. judic. Poſterius* autem ante ſententiam per miſſionem ex ſecundo decreto, eum in finem, ut Reus in judicio ſe ſiſtere per indirectum cogatur, *l. 1. ff. quib.*

ex cauſ. in poſſ. eat. Hæc diſtinctio ex diverſo Prætoris & Judicis pedanei officio profluxit, atque adeo hodie apud nos in ſenſu juris Romani nullam utilitatem habere poteſt.

DISTINCTIO IV.
Inter *Pignus* & *Hypothecam*.

Vulgus auditis *pignoris* & *hypothecæ* vocabulis differentiam in eo quærere ſolet, quod *pignus* in rebus mobilibus, *hypothecа* autem in immobilibus conſtituatur, quàm opinionem etiam veteri juri non adeo adverſam eſſe exiſtimat Dn. Beyer *Poſ. ff. h. t. ab init.* ſed hodie quidem illa explicatio locum amplius non invenit, ubi unice ad id reſpiciendum eſt, utrum res obligata Creditori ſimul tradita fuerit, annon; quod ſi enim traditio non acceſſit, *hypotheca*, ſi vero res tradita, *pignus* vocari conſvevit, vid. *§. 7. J. de act. l. 1. ff. de pign. act.* ibique Dion. Gothofr. *in not.* qui ſimul *l. 238. §. 2. ff. de V. S.* explicat, quamvis & hæc lex de jure veteri intelligi poſſit. Interim libenter fatemur, regulas prudentiæ exigere, ut intuitu rerum mobilium obligatarum non in nuda conventione acquieſcamus, ſed præterea traditionem quoque urgeamus, quia alias in loca diſſita facile transferrentur & ſic jus perſequendi nobis difficillimum reddi poſſet, unde etiam huc forte per vocem: *proprie*, (id eſt, quod communiter fit) reſpexit JCtus in *ſit. l. 238. §. 2. de V. S.*

 Uſus

Uſus in eo ſe exerit, quod propter hypothecam detur actio hypothecaria, non autem propter pignus. Ceterum vero eosdem effectus in ſecuritatem creditoris utrumque producit, & huc pertinet *l.5. §.1.ff. h. t.*

DISTINCTIO V.

Inter hypothecam *generalem* & *ſpecialem*.

HÆc diſtinctio maximam ſine dubio in foro præbet utilitatem. Exprimamus rem verbis B. Strykii *de Caut. contr. ſect. 2. cap. 4. §. 16.* Utraque, dicit, ſua habet commoda & incommoda. Qui enim generali hypotheca gaudet, ex univerſis debitoris bonis eam eligere poteſt, ex qua commodisſime debitum ſuum ſe conſequi poſſe exiſtimat, quamvis illa res alteri cuidam ſpecialiter obligata fuerit, *l. 2. pr. ff. qui pot. in pign.* aſt, qui ſpecialem ſolummodo habet, illi in reliquis debitoris bonis nihil juris competit, & hinc ſæpe in claſſem chirographariorum rejicitur, quando ſcillicet res ſpecialiter obligata vel periit, vel ab aliis creditoribus conſumta eſt, vid. Brunneman. *Proc. conc. cred. cap. 5.* §. *66.* E contrario autem ſpecialis hypotheca magis afficit rem obligatam & ad hoc prodeſt, ut ſi Debitor poſtea hanc rem diſtraxerit, Creditor ſtatim tertium ejus dem poſſeſſorem convenire poſſit, ita ut hic exceptione excusſionis ſe tueri nequeat,

queat, quod aliter in hypotheca generali propter *Nov. 4.* §. 2. quamvis hic diſſentiant Frantzk. *lib. 1. reſol. 12.* & Struv. *S. J. C. Ex. 26. th. 38.* qui juxta hanc opinionem judicatam fuiſſe dicit. Habes ergo hic opinionem communem contra communem, unde quæ in quocunque foro recepta ſit, diſpiciendum erit illi, qui manum praxi admovere intendit.

DISTINCTIO VI.

Inter actionem *Servianam* & *quaſi Servianam.*

PRior eſt ſpecialis, competens eo ſaltem caſu, quando Locator prædii ruſtici hypothecam in rebus coloni ſibi expreſſe conſtitutam, vel in fructibus etiam tacite competentem adverſus quemcunque poſſeſſorem perſequitur, §. 7. *J. de act. l. 7. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypoth.* *Poſterior* autem reliquis Creditoribus omnibus datur, *d.* §. 7. *l. 16. §. 3. ff. h. t.* Cum ergo hæ duæ actiones *modo ſaltem objecto* differant, in effectu autem prorſus conveniant; hinc patet, adlatæ diſtinctionis nullum omnino in praxi uſum eſſe, unde etiam apud Practicos Servianæ & quaſi Servianæ actionis nulla plane fit mentio, ſed hi vocabulo generali *actionis hypothecariæ* contenti eſſe ſolent.

Lib. XX. Tit. IV.

Qui potiores in pignore, vel hypotheca habentur.

DISTINCTIO I.

Inter Hypothecam *publicam* & *privatam*.

PEr *publicam* non ſolum ea indigitatur, quæ in judicio, ſed etiam, quæ extra judicium, in præſentia tamen trium teſtium (maſculorum, integræ fidei & manum ſuam in judicio recognoſcentium juxta Guttierez *l. 3. qu. 102. num. 2. ſeqq.*) conſtituitur, *l. 11. C. qui pot. in pign.* Et hæc hypotheca omnibus privatis, licet priores ſint, in concurſu creditorum præfertur. Idem in Saxonia quoad judicialem, at vero ea, quæ coram tribus teſtibus conſtituitur, ejusmodi prælationem in immobilibus ibi non tribuit, quia hæc non aliter, niſi in judicio, valide obligari poſſunt, vid. Brunneman. *Proc. Conc. Cred. cap. 5. §. 45. ibique in not.* Quod ſi de cetero duæ hypothecæ publicæ concurrant, ex prioritate temporis eædem dijudicantur.

Lib. XXI. Tit. I.

De Ædilitio Edicto & Redhibitione & Quanti minoris.

DISTINCTIO I.

Inter actionem *Redhibitoriam* & *æſtimatoriam* ſ. *Quanti minoris.*

Differunt hæ duæ actiones triplici modo:

I. Actio *Redhibitoria* ob tale vitium competit, quod *omnem* prorſus rei emtæ, vel ex alio contractu oneroſo acceptæ uſum impedit, unde ſi hoc vitium ſtatim ab initio ſciviſſemus, rem *plane non* comparaſſemus: *Æſtimatoria* autem propter vitium, quod uſum ſperatum *quadantenus* intercipit, unde quamvis ab initio de eo conſtitiſſet, rem nihilominus quidem emiſſemus, *minori* tamen pretio. Utriusque exempla paſſim adducuntur in Legibus ſub hoc titulo extantibus, conf. *l.* 1. §. 8. *ff. b. t.* Weſenbec. *Parat. ff. h. t. num.* 9.

II. In Actione *redhibitoria* ſimpliciter ad contractus *reſciſſionem* agitur, vid. *l.* 60. *ff. h. t.* *Æſtimatoria* autem id ſaltem urget, ut venditor *ſalvo manente contractu* illud reſtituat, quod ultra verum rei pretium *pluris* accepit, vid. *l.* 61. *ff. h. t.* Quod vero DD. dicunt, in electione actoris poſitum eſſe, an velit actione red-

 hibi-

hibitoria, an vero quanti minoris agere, vid. Struv. *Exerc. 27. th. 10.* id de eo ſolum caſu intelligo, ſi vitium adeſt, quod *omnem* rei emtæ uſum impedit; at ſi ob levius vitium emtor ad reſciſsionem contractus, ſive ad redhibitionem agere velit, hoc ipſi non concedetur.

III. Actio *Redhibitoria* præſcribitur ſpatio *ſex menſium* à die contractus vel promisſionis, *l. 19. §. f. h. t. æſtimatoria* autem intra *annum* demum à die ſcientiæ, *d. l. 19. l. 2. C. h. t.* Struv. *l. c. theſ. 11.*

LIB. XXII. TIT. I.

De uſuris & fructibus & cauſis & omnibus acceſſionibus & mora.

DIST. I.

Inter Uſuras *punitorias*, *compenſatorias* & *lucratorias*.

P*Unitoria* vocantur, quando ab initio nihil quidem promiſſum, ſed uſus pecuniæ alteri ad certum tempus gratis conceſſus fuit, at vero debitor terminum ſolutionis ipſi præfixum non obſervavit, ſed pecuniam ultra tempus à contrahentibus determinatum retinuit inque uſus ſuos convertit, vid. *l. 17. §. 3. h. t.* huc pertinet etiam, ſi quis, v. g. ſocius, pecuniam communem ſine alterius ſocii volun-

luntate invaſerit, de quo caſu in *l. 1. §. 1. h. t.* Unde generaliter dici poteſt, punitorias uſuras propterea perſolvi, quod alter alterius pecunia abſque ejus voluntate uſus ſit.

Compenſatoriæ ſunt, quando quidem Creditoris voluntas adeſt, ipſi tamen ſimul aliquid decedit, quod e contrario debitori, qui re credita utitur, accreſcit. Hæ ergo eadem ratione ſolvuntur, prout alias conductor mercedem pro uſu rei noſtræ mercedem perſolvere conſvevit, conf. Struv. *Exerc. 27. th. 43.*

Lucratorias denique deſcribunt, quæ ultra normam in Legibus præſcriptam debitumque compenſationis modum percipiuntur, vel etiam ab egeno, qui non ad lucrum, ſed neceſſitatem adhibet pecuniam creditam, exiguntur, cum tamen nos abſque diſpendio noſtro eum, credendo pecuniam abſque uſuris, juvare potuiſſemus.

Punitorias & *compenſatorias* omni jure permiſſas eſſe, fatentur D D. communiter, *lucratorias* vero in claſſem prohibitorum referunt, vide quos allegat Struv. *cit. th. 43.* Verum hoc ultimum non ita ſimpliciter concedi poſſe videtur. Quamvis enim illud per ſe pateat, lucratorias, ſi modum compenſationis à magiſtratu præſcriptum excedant, ad res illicitas pertinere: quamvis etiam abſque dubio ille in conſcientia, id eſt, in foro interno peccet, qui ab egeno homine pecuniam creditam ad meram neceſſitatem & non ad lucrum captan-

 dum

dum applicante, uſuras percipit; interim tamen in foro externo non ſuppetit remedium, per quod aliquis hac parte ad exercendum officium charitatis compelli, & ſi contra illud peccavit, pœna condigna affici poſſit. Confirmat ſententiam noſtram B. Brunneman. *de jur. Eccleſ. l. 2. c. 18. §. 44.*

DISTINCTIO II.

Inter Uſuras *mordentes* & *non mordentes*.

MOrdentes nihil aliud ſunt, quam quas modo lucratorias nominavimus, dilectionem proximi offendentes: *non - mordentes* autem, qui modo licito exiguntur. Hic ergo eadem repetenda erunt, quæ ad *prac. diſt.* attulimus.

DISTINCTIO III.

Inter Uſuras ex *pacto* & ex *mora* debitas.

UTilitas in eo conſiſtit, quod uſuræ ex *pacto* debitæ adhuc peti poſſint, quamvis ſors jam ſoluta fuerit, Carpzov. *P. 2. C. 30. Def. 13.* aliud obtinet, ſi ex mora ſolummodo debeantur, vid. Illuſtr. Stryk *de caut. contr. ſect. 2. cap. 1. §. 25.* Carpzov. *loc. cit. Def. 12.* olim in b. f. judiciis quidem ſolvendæ erant uſuræ propter moram, non autem in actionibus ſtricti juris; ſed ea differentia hodie ceſſat poſt *Rec. Imp.*

de

de A. 1600. §. So viel nun / in quo DD. facile conſentiunt.

DISTINCTIO IV.
Inter Fructus *naturales* & *induſtriales.*

USus in eo ſe exſerit, quod Uſuarius *naturalibus* ſaltem frui poſſit, non autem induſtrialibus, unde in §. *1. J. de Uſu & hab.* dicitur, eum nihil ulterius habere, quam ut *oleribus*, *pomis*, *floribus*, *fœno*, *ſtramentis* & *lignis* ad uſum quotidianum utatur, add. *l. 12.* §. *1. & 2. ff. eod.* Verum poſtquam in *eod. l. 12.* §. *2.* uſuario conceditur, quod induſtrialibus etiam uti poſſit, modo hoc modice fiat, & præterea ſervitus uſus apud nos admodum rara eſt; hinc adlatæ diſtinctionis rarus etiam uſus apud nos extra Saxoniam eſſe videtur.

DISTINCTIO V.
Inter Fructus *naturales* & *civiles.*

N*Aturales* (qui hic induſtriales etiam ſub ſe comprehendunt) ſingulis tantum annis regulariter percipiuntur, v. g. pyra, poma, frumentum, vinum, &c. *Civiles* autem quotidie, nam ædes, ſtabula, pecuniam, non ad integros annos, ſed ad brevius etiam ſpatium, v. g. ad ſemeſtre, ad unum menſem, imo interdum & ad unam ſeptimanam unumque di-

em alteri concedimus. Sunt autem *naturales*, qui *ex* ipſo rei corpore proveniunt: *civiles*, qui *propter* rem percipiuntur. Hinc theſaurus, qui ſaltem *occaſione* rei percipitur, ad fructus plane non pertinet.

Oſtendamus jam nonnulla conſectaria practica:

Scilicet Uſufructuarius, ſi ante finitum annum & ſic ante perceptionem fructuum *naturalium* moritur, ad heredes ſuos nihil transmittit, *l. 13. ff. quib. mod. uſuſr.* Civiles vero, pro dimidia, vel tertia anni parte, ubi uſufructuarius deceſſit, inter heredes ipſius & proprietarium pro rata dividuntur, vid. *l. 26. ff. eod.* Ita jure Romano. Apud Saxones paulo aliter, vid. *Doctrin. ff. tit. de uſufr. §. IX.*

Si quis vendit fundum, ex quo naturales fructus percipiuntur, tunc ſi venditio ante meſſem celebratur, ad emtorem; ſi poſt meſſem, ad venditorem integri fructus pertinent, *l. 13. §. 10. ff. de act. emt. & vend.* civiles autem, qui quotidie percipiuntur, pro rata temporis dividuntur inter emtorem & venditorem usque ad tempus venditionis, vid. Lauterbach. *ad tit. ff. de act. emt. & vend.*

DISTINCTIO VI.

Inter Fructus *pendentes* & *perceptos*.

Repetenda hic eadem, quæ modo ad *praec. diſt.* dicta fuerunt. Scilicet fructus naturales

ſales pendentes ad Proprietarium, percepti ad uſufructuarii heredes pertinent. Aliud jure Saxonico, ubi eo reſpicitur, an ſemen raſtro ſubactum fuerit, vid. Finckelth. *Obſ. 54.*

Fructus pendentes ad emtorem, percepti autem ad venditorem ſpectant.

Colono ob damnum in fructibus pendentibus perpeſſum aliquid de penſione remittitur, non vero, ſi fructus jam percepti fuerunt, Gail. 2. *Obſ. 23. num. 12. Sed quando hic dicuntur percepti?* Nonnulli allegati à Lauterbachio *ad tit. Locat. Cond.* requirunt præter ſeparationem à fundo etiam collationem in horreis, v. Carpzov. *P. 2. C. 37. Def. 20. n. 8. 9.* quos ſequitur Dn. Beyer *Poſ. ff. Locat. poſ. 33. ſeqq.* ſed in eorum caſtra tranſire non poſſumus ob §. 36. *J. de R. D.* ibi: *eadem fere & de Colono dicuntur,* ubi antecedentia aperte monſtrant, quod Colonus & Uſufructuarius in hoc tertio comparentur, quod ſcilicet uterque fructuum dominus eodem modo fiat, reliqua enim, quæ de heredibus Uſufructuarii ibi habentur, ad Colonum non quadrant, & propterea Imperator voculam: *fere*, adjecit.

Alia, ex iisdem principiis profluentia, facile ſuppleri poſſunt. Speciale quid eſt, quod fructus in fundo dotali pendentes ſoluto matrimonio inter maritum & uxoris heredes pro rata temporis dividantur, *l. 5. & l. 7. §. 1. ff. ſolut. matrim.* Finckelth. *Obſ. 54. n. 1.* Gothofred. *ad l. 12. C. de R. V.*

DI-

DISTINCTIO VII.

Inter Fructus perceptos *extantes* & *conſumptos*.

Uſus hujus diſtinctionis tunc maxime deprehenditur, ſi quis rem aliquam cum fructibus vindicat. Eo caſu enim quæritur: *an extantes ſolum, an vero conſumpti etiam fructus Domino vindicanti reſtitui debeant?* Reſpondetur diſtinguendo inter *bona* & *mala fidei* poſſeſſorem. Prior extantes ſaltem reſtituit, non conſumtos, §. 2. *J. de O. J. l. 22. C. de R. V.* ſed nec extantes, ſi ſunt uſucapti, *l. 4. §. 19. ff. de Uſucap.* quamvis hodie communiter velint, etiam conſumtos reſtituendos eſſe, in quantum b. f. poſſeſſor exinde locupletior factus eſt, Illuſtr. Stryk *de inveſt. act. ſect. 1. membr. 2. §. 49.* Malæ fidei poſſeſſor indiſtincte omnes fructus reſtituit, ſive adhuc extent, ſive conſumti ſint, cum ex conſumtione non potuerit firmius jus conſequi, quam antea quidem habebat. Ceterum hic non ſolum conſumtio naturalis, ſed etiam civilis intelligitur, quæ fit per translationem dominii in emtione, donatione, permutatione, &c. conſ. Gothofred. *ad l. 22. C. de R. V.*

DISTINCTIO IIX.

Inter Fructus *perceptos* & *percipiendos*.

Quando in *Diſt. VI.* fructus percepti pendentibus opponebantur, tunc ad ſolum

ctum perceptionis, hic vero, ubi percipiendis ꞏpponuntur, ad *debitum modum* reſpicitur. /ocant enim percipiendos, qui revera quilem non ſunt percepti, ſed tamen debita diigentia adhibita facile percipi potuiſſent, & b aliis Patribusfamilias etiam percipiuntur. Quoad uſum iterum inter b. & m. f. poſſeſſoem diſtingui oportet. Ille de percipiendis ꞏon tenetur, ſed de perceptis ſolummodo, ic vero de percipiendis etiam, cum ſibi imꞏutare debeat, quod negligenter in ea re, uam tamen alienam eſſe ſciebat, verſatus ſit, id. §. *2. J. de O. J. l. 22. C. de R. V.*

Ad materiam de Uſuris & fructibus *anatocismus* etiam pertinet, unde Diſtinctiones ibi obvenientes hic ſimul perluſtrabimus.

DISTINCTIO IX.

Inter Anatocismum *menſtruum* & *anniverſarium*.

M*Enſtruus* vocatur, quando uſuræ quolibet menſe exeunte in ſortem computantur, *nniverſarius* autem, quando hoc à fine cujusue anni fit. Uterque eſt prohibitus & ſic iſtinctio theoretica eſt.

DISTINCTIO X.

Inter Anatocismum *ſeparatum* & *conjunctum*.

C*Onjunctum*, quando ſcilicet uſuræ ſorti principali immiſcentur, per Leges prohibitum eſſe,

eſſe, fatentur communiter DD. propter *l. 28. C. de Uſur.* *Separatum* autem, quando ſuper uſuris debitis ſpecialis obligatio conficitur, tanquam ſuper nova ſorte, in praxi communiter permiſſum eſſe teſtantur, vid. Cothmann. *Vol. 1. Conſ. 18. num. 218.* Berlich. *P. 2. Dec. 268. num. 8.* Mev. *P. 4. Dec. 213.* quamvis, ſi theoretice diſputemus, hæc opinio dubio non careat, de quo vid. Brunneman. *ad d. l. 28. C. de Uſur.* Struv. *Exerc. 27. th. 56.* niſi ſupponas, debitorem eſſe divitem, eumque uſuras promte ſolvere poſſe, eas tamen ad promovendum commodum ſuum tanquam ſortem retinere malle, vid. *doctr. ff. h. t. §. VI.*

DISTINCTIO XI.

Inter Moram ex *re* & ex *perſonâ.*

QUotiescunque ex *re* inducitur mora, toties nulla interpellatione opus eſt, quæ tamen præciſe requiritur, ſi ex *perſonâ* eadem oriri debet. Multum ergo intereſt, ut utraque mora ab invicem accurate ſeparetur. Ex re autem moram induci dicunt, ſi dies certus ſolutioni adjectus; ſi pupillo vel minori aliquid debetur: ſi quid fiſco debeatur: in fideicommiſſariis libertatibus: in prædonibus & furibus, vid. Arumæus *de morâ c. 4.* Struv. *d. Exerc. 27. th. 68.*

Quæ de adjectione certi diei diximus, quod ſcilicet ea moram ſine interpellatione inducat, non

nonnulli ex DD. reſtringunt ad eum caſum, ſi creditor & debitor ſint ejusdem fori, quod ſi vero ſub diverſo foro deprehenduntur, interpellationem nihilominus requirunt, vid. Mynſing. *Cent. 3. Obſ. 95.* Brunneman. *Cent. 3. deciſ. 64.* Beyer *Poſ. ff. h. t. poſ. 62. 63.* Verum, quod ſalva autoritate diſſentientium dictum ſit, nobis illa ſententia principiis juris aperte contrariari videtur. Quid enim diverſitas fori ad hoc contribuere valet, ut dies non interpellet pro homine? aut, an homines, qui ſub diverſo foro vivunt, propterea etiam diverſo ſtatim jure utuntur? Ridiculum ſane. Hinc de ea jam dubitare cœpit Saporta *de mora cap. 2. num. 63.*

Ceterum interpellationem unicam ſufficere, neque opus eſſe, ut præciſe in judicio fiat, ſed extra judicialem huic æquipollere, ſatis notum eſt.

LIB. XXII. TIT. II.
De Nautico Fœnore.

DIST. I.
Inter Uſuras *vulgares & nauticas.*

USus partim in foro Romano, partim etiam in noſtro deprehenditur. Apud Romanos in contractu mutui uſuræ non

non debebantur, niſi per ſtipulationem promiſſæ erant; at uſuræ nauticæ etiam nudo pacto valide promittebantur, *l.5.§.1. l.7.ff.h.t.* Verum ea differentia hodie non amplius attenditur, poſtquam nudis pactis ubique eadem vis tribuitur, quæ olim ſtipulationibus competebat. Manſit adhuc hodie uſus intuitu *quantitatis uſurarum.* Vulgares enim uſuræ per Leges ita ſunt reſtrictæ, ut majores, quam quincunces, promitti non poſſint, niſi quis pœnas uſurariæ pravitati dictitatas ſuſtinere velit; at nauticæ eum modum longe excedunt. Non ſolum enim jure Romano, *l.26.§.pen. C. h.t.* centeſimæ; ſed & hodie adhuc majores valide promittuntur, vid. Illuſtr. Stryk *Caut. Contr. ſect.3. c.5. §.29.* add. Hahn *ad Weſenbec. h.t. num.1.* Poſſes etiam hoc addere, quod propter uſuras nauticas periculum ſortis ad Creditorem pertineat, propter vulgares autem ad Debitorem, vid. Hagen *de Uſur. cap.1. num.14. ſeqq.*

Lib. XXII. Tit. III.
De Probationibus & Præſumtionibus.

DISTINCTIO I.
Inter Probationem *artificialem* & *inartificialem.*

Hæc

HÆc mere theoretica eſt. *Artificialis* dicitur, quæ per indicia & conjecturas: *Inartificialis*, quæ per teſtes & inſtrumenta perficitur. Perinde autem eſt, ſive artificiali, ſive inartificiali utaris.

DISTINCTIO II.

Inter *Probationem* (Beweiß) & *Demonſtrationem* (Beſcheinigung/) ſive inter Probationem *ſolennem* & *minus ſolennem*.

PRior, quæ in cauſis ordinariis obtinet, requirit articulorum oblationem in judicio, citationem adverſæ partis ad videndum jurare teſtes, danda interrogatoria, & recognoſcendum, & quod pro principali merito habetur, ad terminum probatorium præciſe eſt adſtricta; aliud in *poſteriori*, quæ ad cauſas ſummarias pertinet. Sic in cauſa *ſummariisſimi poſſeſſorii* teſtes abſente etiam adverſario coram Notario examinati ſufficientem probationem faciunt, neque hic ſuper habilitate teſtium diſputatio admittitur, quod in probatione ſolenni fieri debet. Sic, ſi quis ex *inſtrumento guarentigiato* agat, non opus eſt, ut articulos offerat & iisdem inſtrumentum adjungat, ſed mox ad recognitionem devenitur, exceptiones quoque altioris indaginis rejiciuntur, quas tamen in cauſis ordinariis admitti

 opor-

dum applicante, uſuras percipit; interim tamen in foro externo non ſuppetit remedium, per quod aliquis hac parte ad exercendum officium charitatis compelli, & ſi contra illud peccavit, pœna condigna affici poſſit. Confirmat ſententiam noſtram B. Brunneman. *de jur. Eccleſ. l.* 2. *c.* 18. §. 44.

DISTINCTIO II.

Inter Uſuras *mordentes* & *non mordentes*.

M*Ordentes* nihil aliud ſunt, quam quas modo lucratorias nominavimus, dilectionem proximi offendentes: *non - mordentes* autem, qui modo licito exiguntur. Hic ergo eadem repetenda erunt, quæ ad *præc. diſt.* attulimus.

DISTINCTIO III.

Inter Uſuras ex *pacto* & ex *mora* debitas.

UTilitas in eo conſiſtit, quod uſuræ ex *pacto* debitæ adhuc peti poſſint, quamvis ſors jam ſoluta fuerit, Carpzov. *P.* 2. *C.* 30. *Def.* 13. aliud obtinet, ſi ex mora ſolummodo debeantur, vid. Illuſtr. Stryk *de caut. contr. ſect.* 2. *cap.* 1. §. 25. Carpzov. *loc. cit. Def.* 12. olim in b. f. judiciis quidem ſolvendæ erant uſuræ propter moram, non autem in actionibus ſtricti juris; ſed ea differentia hodie ceſſat poſt *Rec. Imp.*

de

e A. 1600. §. So viel nun / in quo DD. facile conſentiunt.

DISTINCTIO IV.
Inter Fructus *naturales* & *induſtriales.*

USus in eo ſe exſerit, quod Uſuarius *naturalibus* ſaltem frui poſſit, non autem induſtrialibus, unde in §. *1. J. de Uſu & hab.* dicitur, eum nihil ulterius habere, quam ut *oleribus*, *pomis*, *floribus*, *fœno*, *ſtramentis* & *lignis* ad uſum quotidianum utatur, add. *l. 12.* §. *1. & 2. ff. eod.* Verum poſtquam in *eod. l. 12.* §. *2.* uſuario conceditur, quod induſtrialibus etiam uti poſſit, modo hoc modice fiat, & præterea ſervitus uſus apud nos admodum rara eſt; hinc adlatæ diſtinctionis rarus etiam uſus apud nos extra Saxoniam eſſe videtur.

DISTINCTIO V.
Inter Fructus *naturales* & *civiles*.

N*Aturales* (qui hic induſtriales etiam ſub ſe comprehendunt) ſingulis tantum annis regulariter percipiuntur, v. g. pyra, poma, frumentum, vinum, &c. *Civiles* autem quotidie, nam ædes, ſtabula, pecuniam, non ad integros annos, ſed ad brevius etiam ſpatium, v. g. ad ſemeſtre, ad unum menſem, imo interdum & ad unam ſeptimanam unumque di-

em alteri concedimus. Sunt autem *naturales*, qui *ex* ipſo rei corpore proveniunt: *civiles*, qui *propter* rem percipiuntur. Hinc theſaurus, qui ſaltem *occaſione* rei percipitur, ad fructus plane non pertinet.

Oſtendamus jam nonnulla conſectaria practica:

Scilicet Uſufructuarius, ſi ante finitum annum & ſic ante perceptionem fructuum *naturalium* moritur, ad heredes ſuos nihil transmittit, *l. 13. ff. quib. mod. uſusfr.* Civiles vero, pro dimidia, vel tertia anni parte, ubi uſufructuarius deceſſit, inter heredes ipſius & proprietarium pro rata dividuntur, vid. *l. 26. ff. eod.* Ita jure Romano. Apud Saxones paulo aliter, vid. *Doctrin. ff. tit. de uſufr. §. IX.*

Si quis vendit fundum, ex quo naturales fructus percipiuntur, tunc ſi venditio ante meſſem celebratur, ad emtorem; ſi poſt meſſem, ad venditorem integri fructus pertinent, *l. 13. §. 10. ff. de act. emt. & vend.* civiles autem, qui quotidie percipiuntur, pro rata temporis dividuntur inter emtorem & venditorem usque ad tempus venditionis, vid. Lauterbach. *ad tit. ff. de act. emt. & vend.*

DISTINCTIO VI.

Inter Fructus *pendentes* & *perceptos*.

Repetenda hic eadem, quæ modo ad *praec. diſt.* dicta fuerunt. Scilicet fructus naturales

rales pendentes ad Proprietarium, percepti ad uſufructuarii heredes pertinent. Aliud jure Saxonico, ubi eo reſpicitur, an ſemen raſtro ſubactum fuerit, vid. Finckelth. *Obſ.54.*

Fructus pendentes ad emtorem, percepti autem ad venditorem ſpectant.

Colono ob damnum in fructibus pendentibus perpeſſum aliquid de penſione remittitur, non vero, ſi fructus jam percepti fuerunt, Gail. 2. *Obſ.* 23. *num.* 12. *Sed quando hic dicuntur percepti?* Nonnulli allegati à Lauterbachio *ad tit. Locat. Cond.* requirunt præter ſeparationem à fundo etiam collationem in horreis, v. Carpzov. *P. 2. C. 37. Def. 20. n. 8. 9.* quos ſequitur Dn. Beyer *Poſ. ff. Locat. poſ. 53. ſeqq.* ſed in eorum caſtra tranſire non poſſumus ob §. 36. *J. de R. D.* ibi: *eadem fere & de Colono dicuntur,* ubi antecedentia aperte monſtrant, quod Colonus & Uſufructuarius in hoc tertio comparentur, quod ſcilicet uterque fructuum dominus eodem modo fiat, reliqua enim, quæ de heredibus Uſufructuarii ibi habentur, ad Colonum non quadrant, & propterea Imperator voculam: *fere*, adjecit.

Alia, ex iisdem principiis profluentia, facile ſuppleri poſſunt. Speciale quid eſt, quod fructus in fundo dotali pendentes ſoluto matrimonio inter maritum & uxoris heredes pro rata temporis dividantur, *l. 5. & l. 7. §. 1. ff. ſolut. matrim.* Finckelth. *Obſ. 54. n. 1.* Gothofred. *ad l. 22. C. de R. V.*

DI-

DISTINCTIO VII.

Inter Fructus perceptos *extantes* & *conſumptos*.

USus hujus diſtinctionis tunc maxime deprehenditur, ſi quis rem aliquam cum fructibus vindicat. Eo caſu enim quæritur: *an extantes ſolum, an vero conſumpti etiam fructus Domino vindicanti reſtitui debeant?* Reſpondetur diſtinguendo inter *bonæ* & *malæ fidei* poſſeſſorem. Prior extantes ſaltem reſtituit, non conſumtos, §. 2. *J. de O. J. l. 22. C. de R. V.* ſed nec extantes, ſi ſunt uſucapti, *l. 4. §. 19. ff. de Uſucap.* quamvis hodie communiter velint, etiam conſumtos reſtituendos eſſe, in quantum b. f. poſſeſſor exinde locupletior factus eſt, Illuſtr. Stryk *de inveſt. act. ſect. 1. membr. 2. §. 49.* Malæ fidei poſſeſſor indiſtincte omnes fructus reſtituit, ſive adhuc extent, ſive conſumti ſint, cum ex conſumtione non potuerit firmius jus conſequi, quam antea quidem habebat. Ceterum hic non ſolum conſumtio naturalis, ſed etiam civilis intelligitur, quæ fit per translationem dominii in emtione, donatione, permutatione, &c. conf. Gothofred. *ad l. 22. C. de R. V.*

DISTINCTIO IIX.

Inter Fructus *perceptos* & *percipiendos*.

QUando in *Diſt. VI.* fructus percepti pendentibus opponebantur, tunc ad ſolum

actum perceptionis, hic vero, ubi percipiendis opponuntur, ad *debitum modum* reſpicitur. Vocant enim percipiendos, qui revera quidem non ſunt percepti, ſed tamen debita diligentia adhibita facile percipi potuiſſent, & ab aliis Patribusfamilias etiam percipiuntur. Quoad uſum iterum inter b. & m. f. poſſeſſorem diſtingui oportet. Ille de percipiendis non tenetur, ſed de perceptis ſolummodo, hic vero de percipiendis etiam, cum ſibi imputare debeat, quod negligenter in ea re, quam tamen alienam eſſe ſciebat, verſatus ſit, vid. §. *2. J. de O. J. l. 22. C. de R. V.*

Ad materiam de Uſuris & fructibus *anatocismus* etiam pertinet, unde Diſtinctiones ibi obvenientes hic ſimul perluſtrabimus.

DISTINCTIO IX.
Inter Anatocismum *menſtruum* & *anniverſarium*.

MEnſtruus vocatur, quando uſuræ quolibet menſe exeunte in ſortem computantur, *anniverſarius* autem, quando hoc à fine cujusque anni fit. Uterque eſt prohibitus & ſic diſtinctio theoretica eſt.

DISTINCTIO X.
Inter Anatocismum *ſeparatum* & *conjunctum*.

COnjunctum, quando ſcilicet uſuræ ſorti principali immiſcentur, per Leges prohibitum eſſe,

eſſe, fatentur communiter DD. propter *l. 28. C. de Uſur.* *Separatum* autem, quando ſuper uſuris debitis ſpecialis obligatio conficitur, tanquam ſuper nova ſorte, in praxi communiter permiſſum eſſe teſtantur, vid. Cothmann. *Vol. 1. Conſ. 18. num. 218.* Berlich. *P. 2. Dec. 268. num. 8.* Mev. *P. 4. Dec. 213.* quamvis, ſi theoretice diſputemus, hæc opinio dubio non careat, de quo vid. Brunneman. *ad d. l. 28. C. de Uſur.* Struv. *Exerc. 27. th. 56.* niſi ſupponas, debitorem eſſe divitem, eumque uſuras promte ſolvere poſſe, eas tamen ad promovendum commodum ſuum tanquam ſortem retinere malle, vid. *doctr. ff. h. t.* §. *VI.*

DISTINCTIO XI.
Inter Moram ex *re* & ex *perſonâ*.

QUotiescunque ex *re* inducitur mora, toties nulla interpellatione opus eſt, quæ tamen præciſe requiritur, ſi ex *perſona* eadem oriri debet. Multum ergo intereſt, ut utraque mora ab invicem accurate ſeparetur. Ex re autem moram induci dicunt, ſi dies certus ſolutioni adjectus; ſi pupillo vel minori aliquid debetur: ſi quid fiſco debeatur: in fideicommiſſariis libertatibus: in prædonibus & furibus, vid. Arumæus *de morâ c. 4.* Struv. *d. Exerc. 27. th. 68.*

Quæ de adjectione certi diei diximus, quod ſcilicet ea moram ſine interpellatione inducat, non-

nonnulli ex DD. reſtringunt ad eum caſum, ſi creditor & debitor ſint ejusdem fori, quod ſi vero ſub diverſo foro deprehenduntur, interpellationem nihilominus requirunt; vid. Mynſing. *Cent. 3. Obſ. 95.* Brunneman. *Cent. 3. deciſ. 64.* Beyer *Poſ. ff. h. t. poſ. 62. 63.* Verum, quod ſalva autoritate diſſentientium dictum ſit, nobis illa ſententia principiis juris aperte contrariari videtur. Quid enim diverſitas fori ad hoc contribuere valet, ut dies non interpellet pro homine? aut, an homines, qui ſub diverſo foro vivunt, propterea etiam diverſo ſtatim jure utuntur? Ridiculum ſane. Hinc de ea jam dubitare cœpit Saporta *de mora cap. 2. num. 63.*

Ceterum interpellationem unicam ſufficere, neque opus eſſe, ut præciſe in judicio fiat, ſed extra judicialem huic æquipollere, ſatis notum eſt.

LIB. XXII. TIT. II.

De Nautico Fœnore.

DIST. I.

Inter Uſuras *vulgares & nauticas.*

Uſus partim in foro Romano, partim etiam in noſtro deprehenditur. Apud Romanos in contractu mutui uſuræ non

HÆc mere theoretica eſt. *Artificialis* dicitur, quæ per indicia & conjecturas: *Inartificialis*, quæ per teſtes & inſtrumenta perficitur. Perinde autem eſt, ſive artificiali, ſive inartificiali utaris.

DISTINCTIO II.

Inter *Probationem* (Beweiß) & *Demonſtrationem* (Beſcheinigung/) ſive inter Probationem *ſolennem* & *minus ſolennem*.

PRior, quæ in cauſis ordinariis obtinet, requirit articulorum oblationem in judicio, citationem adverſæ partis ad videndum jurare teſtes, danda interrogatoria, & recognoſcendum, & quod pro principali merito habetur, ad terminum probatorium præciſe eſt adſtricta; aliud in *poſteriori*, quæ ad cauſas ſummarias pertinet. Sic in cauſa *ſummariisſimi poſſeſſorii* teſtes abſente etiam adverſario coram Notario examinati ſufficientem probationem faciunt, neque hic ſuper habilitate teſtium diſputatio admittitur, quod in probatione ſolenni fieri debet. Sic, ſi quis ex *inſtrumento guarentigiato* agat, non opus eſt, ut articulos offerat & iisdem inſtrumentum adjungat, ſed mox ad recognitionem devenitur, exceptiones quoque altioris indaginis rejiciuntur, quas tamen in cauſis ordinariis admitti

oportet. Sic, ſi quis in termino præfixo emanſerit & contumaciam per allegationem *legalis impedimenti* purgare velit, tunc v. g. etiam injuratum Medici de morbo atteſtantis teſtimonium ſufficit. Huc pertinet etiam probatio per *ocularem inſpectionem*, quæ ipſa, non minus ac præcedentes, ad terminum probatorium neutiquam eſt adſtricta. Unde ſi in cauſa ſummaria Judex per ſententiam Actori injungat, daß Er den Grund ſeiner Klage beweiſen ſolle/ Actori juſta appellandi cauſa ſupperit, ſicut e contrario Reus etiam appellare poterit, ſi Judex ab Actore in cauſa ordinaria ſolummodo deſideret, daß Er es beſcheinigen ſolle/ Proceſſus enim ordinarius invito Reo in ſummarium mutari nequit, conf. Svendendörff. *in not. ad Proceſſ. Fibigii.* Carpzov. *Proc. Tit. 8. Art. 2. n. 52.*

DISTINCT. III.

Inter Probationem *plenam* & *minus plenam*.

DE hac ſolummodo notandum, quod *plena* tantum operetur, quantum ad totius cauſæ deciſionem neceſſarium eſt, & quod vocabulo *probationis* abſolute poſito ea ſemper intelligatur, non ſolum in criminalibus, ſed in civilibus etiam: *Minus plena* e contrario per ſe non facit plenam fidem, ſed alio adhuc indiget

diget adminiculo, de quo ad ſubſequentem diſtinctionem diſpiciendum.

DISTINCTIO IV.

Inter Probationem ſemiplenam *majorem*, ſemiplenam *ſimpliciter dictam*, & ſemiplenam *minorem*.

SEmiplena *ſimpliciter dicta* oritur ex depoſitione unius teſtis, qui omni exceptione major eſt: quod ſi ejusmodi teſti adhuc alius accedat, qui non omni exceptione eſt major, vel alia quædam præſumtio, tunc exinde probatio ſemiplena *major* exſurgit: e contrario, ſi unum ſaltem teſtem non omni exceptione majorem, vel aliam conjecturam habeam, v. g. in cauſa imputati adulterii literas amatorias: in cauſa homicidii præcedentes minas, &c. probatio ſemiplena *minor* vocari conſvevit, vid. Carpz. *P. 2. Conſt. 23. Def. 4.*

Uſus in eo conſiſtit: Si Actor ſemiplenam *ſimplicem*, vel *majorem* etiam pro ſe habet, tunc ad juramentum ſuppletorium admittitur, ſcilicet in cauſis civilibus, non vero in criminalibus, vid. *ſupra tit. de jurejur. Diſt. XI.* aſt ſi ſemiplena *minori* ſaltem munitus ſit, tunc Reo juramentum purgatorium deferri conſvevit. Poſſes & hoc addere: Semiplena *major* in cauſis ſummariis, antiquis & in defenſione rei pro perfecta habetur, non autem reliquæ, Cravetta *Conſ. 158, num. 11.* Menoch *lib. 1. præ-*

ſumt. 41. Brunneman. *Proc. civil. c.* 18. *num.* 18. Coler. *de Proc. execut. P.* 3. *c.* 1. *num.* 62.

DISTINCTIO V.

Inter Præſumtionem *hominis*, *juris*, *juris & de jure.*

PRæſumtio *hominis* & *juris* in eo conveniunt, quod utraque admittat probationem in contrarium: præſumtio autem, quæ *juris & de jure* dicitur, eam neutiquam admittit.

Ne vero putes, præſumtionem *hominis* & *juris* propterea plane idem eſſe. Perſvaſiſſe hoc ſibi videtur Dn. Beyer *in poſit. ff. h. t. in ſubjunct. poſt poſit.* 46. de cujus objectionibus breviter videbimus. *Utraque*, inquit, *nititur ſana ratione & conſequentia certa, vel probabili, ex conditione humani generis, qualitatis perſonarum, aut rerum, natura contractus & negotii, &c. deſumta.* Recte. Sed in eo tamen manet differentia, quod præſumtio *juris* deſumatur *ex natura rerum & generis humani in univerſum conſiderati*, præſumtio *hominis* autem *ex ſpecialibus circumſtantiis in hoc illove negotio occurrentibus.* Pergit Dn. Beyer: *Ad poſteriorem* (præſumtionem *juris* ſcilicet) *praterea requirunt, ut in LL. ſit expreſſa. Verum cui uſui? cum & hominis praſumtio, ſi frivola non ſit, eodem juris effectu gaudeat, neque regula alicujus qualiscunque in Legibus expreſſio majorem ei validitatem conciliet, ſed requiratur, tum ut exprimatur diſpoſitive & per modum*

dum theſeos, tum ut conſtet, eam nullius, vel minoris momenti fuiſſe, niſi in Lege eſſet expreſſa. Hic ante omnia ſupponendum eſt, JCtos per Vocem *hominis* non quemcunque hominem, ſed *Judicem* ſolum intelligere, cujus ſcilicet præſumtio effectum deciſivum in foro poſt ſe trahere poteſt, conf. *Diſp. noſtr. inaugural. de præſumt. bonitat.*. Quamvis vero utraque præſumtio eodem juris effectu gaudeat; hæc tamen iterum adeſt differentia, quod præſumtio *juris immediate* ex Lege deſcendat *nullamque præcedentem probationem requirat*, v. g. quando Leges præſumunt, *quemlibet* bonum eſſe: *quemlibet* fundum libertate gaudere: *neminem* ſuum jactare, &c. verum præſumtio *hominis præcedentem probationem aliquam omnino deſiderat.* Eſt quippe illa vel in bonam, vel in malam partem. Priori caſu oritur ex ſemiplena probatione & propterea Judex mihi juramentum ſuppletorium defert, quia præſumit, juſtitiam cauſæ à mea parte ſtare, cum unum teſtem omni exceptione majorem pro me habeam. Poſteriori caſu ex depoſitione unius teſtis omni exceptione non majoris deſumitur, & proinde juramentum purgationis defertur. Hæc ſine dubio adhuc alicujus uſus eſſe videntur.

Addit Dn. Beyer: *pleraque præſumtionis juris exempla in Legibus ſaltem per modum hypotheſeos & tanquam rationes æquitatis naturalis, vel regulas bonæ interpretationis allegari, neque*

minus valere præſumtiones: neminem ſuum jactare; contractum intelligi rebus ſic ſtantibus &c. licet in LL. expreſſæ non forent. Verum hic non putamus, quod aliquem diſſentientem habeat, qui genuinis Jurisprudentiæ civilis fundamentis eſt imbutus. Quando enim DD. præſumtionem *juris* nominant, tunc non præciſe talem intelligunt, quæ *ex jure civili ſolo* deſcendat, ſed eam quoque, quam *jus naturæ* indigitat, quamvis in Legibus civilibus non fuerit repetita. Hic ergo ſine neceſſitate diſſentire videtur Dn. Beyer.

Denique, quando ad præſumtionem *juris & de jure* argumenta apodictica, v. g. mulierem prægnantem non eſſe virginem, &c. refert; tunc itidem à recepta hactenus vocabuli ſignificatione receſſiſſe videtur. D.D. enim hoc ſaltem eodem denotant, (quod paulo poſt addit) *quando Leges non adeo ex facto inferunt, quam diſponunt & conſtituunt, quod aliter ſe habere concluſio non debeat.* Hinc quando in LL. dicitur, quod moriens non præſumatur jocatus eſſe, tunc idem eſt, ac moriens non debet jocari. Sic quando Tutor dicit, ſe res proprias per errorem in inventario inter res pupilli retuliſſe, tunc Leges ejus probationem non admittunt, in pœnam, quia Tutor in confectione illius inventarii majorem circumſpectionem adhibere debuiſſet, v. *l. 13. C. arbitr. Tutel.* Fateor quidem, præſumtionis vocabulum hic admodum improprie

accipi,

accipi, cum aliud ſit præſumtio, aliud juris diſpoſitio; ſed vocabulis ita utimur, prout receptum eſt, quia nobis illorum ſignificationes mutare neutiquam convenit.

LIB. XXII. TIT. IV.
De Fide inſtrumentorum & amiſſione eorum.

DISTINCTIO I.
Inter Inſtrumentum *publicum* & *quaſi publicum*.

Q*uaſi publicum* vocant, quod trium teſtium ſubſcriptione eſt confirmatum, juxta *l. 11. C. qui pot. in pign.* & illi eundem effectum tribuit Lauterbach *h. t.* quem inſtrumentum publicum coram Judice confectum, ſive actis inſinuatum habet, unde nullus uſus practicus hujus diſtinctionis eſſe videtur. Sed ſalva nihilominus res eſt, manet adhuc uſus non contemnendus. Quando enim in multis locis requiritur, ut v. g. contractus ſuper venditis prædiis ruſticis & urbanis in publicum inſtrumentum redigantur, tunc neutiquam, puto, ſufficeret, ſi quis loco confirmationis judicialis, quæ eo ipſo indigitatur, ſubſcriptionem trium teſtium, tanquam æquipollens aliquod, ſubſtituere vellet. Quando E.

Lauterbach utrique inſtrumento eundem effectum tribuit, hoc ſaltem in caſu conſtitutæ hypothecæ procedit, juxta *cit. l. 11. C. qui pot. in pign.* quamvis nec hactenus quidem in Saxonia applicari poſſit, quia ibi non ſolum in plenaria alienatione, ſed in oppignoratione immobilium etiam præciſe requiritur, ut judicialiter fiat.

DISTINCTIO II.

Inter Inſtrumentum *publicum* & *privatum*.

Publicum plenam meretur fidem, unde qui ex publico agit, recognitionem petere neceſſe non habet: ſecus in *privato*, quod quidem contra producentem, non tamen pro eodem ante factam recognitionem probat. Speciale quid eſt de jure Saxonico, ubi publica quoque inſtrumenta ad recognitionem offerenda ſunt, Carpzov. *de Proceſſ. Tit. 14. Art. 2. n. 18.* quamvis, cum hic juratæ diffesſioni locus non concedatur juxta Eundem *cit. Tit. 14. art. 3. num. 48.* eandem ſuperfluam & abundantem non immerito dixeris, vid. B. Stryk *Introd. ad prax. for. cap. 19. §. 7. in f.*

Publicum in concurſu creditorum hypothecæ jus prælationis tribuit præ omnibus hypothecis *privatis*, quamvis hæ tempore priores ſint.

Publicum in materia teſtamentorum nul-

las requirit ſolennitates, bene tamen *priva-tum.*

Publicum interdum præciſe requiritur & *privatum* non ſufficit, v. g. ſi mulier intercedit pro alio: hoc enim, ſi in privato inſtrumento fiat, mulier exceptione Sc. Vellejani opus non haberet, ſed ipſo jure tuta eſſet, *l. 23. §. f. C. ad SC. Vellejan.* Item in Saxonia in alienatione & oppignoratione immobilium, & alibi etiam in alienatione prædiorum ruſticorum.

DISTINCTIO III.

Inter Inſtrumentum à *Notario* & à *privatis* confectum.

HIc maximus uſus intuitu adhibitionis certarum ſolennitatum deprehenditur. In inſtrumentis Notariorum invocatio nominis divini præcedere, & tunc porro annus Chriſti, indictio Romana, nomen Imperatoris regnantis, menſis, dies, hora & locus ſpecialis, ubi negotium geſtum eſt, exprimi debent: adhibendi etiam ſunt teſtes, & ſubſcriptio non ſolum, ſed ſubſignatio etiam ſigillo Notariatus facta adjicienda eſt, de quibus omnibus fuſius diſponit *Ordin. Notar. de A. 1512. §.* Und demnach / conf. Hahn *ad Weſenb. h. t. num. 5. verb. ſunt & ſolennes clauſulæ,* ubi alia adhuc occurrunt; ſed neutrum horum in Inſtrumentis privatis exigitur, ne quidem ſubſcriptio, ſi quis integrum inſtrumentum propria

manu conſcripſit. Excipiunt communiter *rationes*, quæ & ſubſcriptionem & diem requirunt, *l. 8 §. 15. ff. quib. mod. pign. ſolv. l. 1. §. ff. de Edend.* idque poſterius ex ipſius rei indole, cum rationes non uno eodemque tempore, ſed de die in diem conficiantur.

DISTINCTIO IV.

Inter *Chirographum*, *Syngrapham*, *Antapocham* & *Apocham*.

C*Hirographum* vocant, quod in contractibus *unilateralibus*, præcipue mutui, à debitore creditori in ſecuritatem crediti offertur, melioris probationis ergo: *Syngrapha* e contrario in contractibus *bilateralibus* conficitur & ab utroque contrahentium ſubſcribitur atque cuilibet exemplar ejusdem traditur, quo pertinent, inſtrumenta ſuper emtione, locatione, ſocietate, &c. confecta. Per *Apocham* creditor teſtatur, pecuniam debitam à debitore ſibi ſolutam eſſe, atque adeo hæc chirographo directo opponitur. *Antapocha* denique eſt inſtrumentum, quo fatetur debitor, ſe præſtationes annuas ſolviſſe, easque ex prædio ſuo debere, juxta *l. 19. C. h. t.* Ceterum præter diverſum huncce conceptum in effectu non differunt, omnia enim eandem vim probandi habent, conf. Hahn *loc. cit. num. 2. verb. ſcripturarum autem privatarum.* Ita hoc reſpectu. Differunt tamen ratione *modo procedendi*:

ex

ex chirographo enim executive agere poſſum, non vero ex ſyngrapha, vid. Einleit. zum Civil-Proc. *Cap. III. §. III. ſeqq.*

DISTINCTIO V.

Inter *Protocollum* & *transſumtum*.

PRotocolla ſunt ſcripturæ à Notariis ſuper negotio aliquo memoriæ cauſa confectæ, ex quibus poſtea *transſumta* (quæ proprie Inſtrumentorum nomine veniunt) conficiuntur. *Protocollum* ergo non deſiderat ſolennitatem aliquam, ſed diſtinctam ſaltem adnotationem omnium eorum, quæ de tempore in tempus Notario expedienda commiſſa fuerunt. At vero in *transſumto* omnia illa adeſſe debent, quorum paulo ante ſub *Diſt. III.* mentionem injecimus. Non tamen requirimus, ut teſtes a Notario adhibiti inſtrumentum illud ſimul ſubſcribant, quod quidem putat Bachov. *in not. ab Weſenb. h. t.* ſufficere enim poſſe putamus, quæ hic adduxit Hahn *loc. cit. num. 5. verb. tamen communis diſtinctio*, quod ſcil. novæ ſolennitates præter Leges non ſint introducendæ, & quod ex *Nov. 73. c. 5.* firmum pro Bachovii opinione argumentum deſumi nequeat. Deinde, ſi diſſonantia quædam inter protocollum & transſumtum deprehendatur, hoc ex illo eſt dijudicandum, illiusque fides huic prævalet, Carpzov. *P. 1. C. 17. Def. 44.* hoc enim eſt referens, illud vero relatum. At referens,

ferens, ſi a relato recedit, fidem non meretur.

DISTINCTIO VI.

Inter *Originalia* & *Copias.*

ILla ſemper probant, modo vitio aliquo non laborent, juxta ea, quæ ad *Diſt. II.* diximus. *Hæ* vero regulariter non probant, cum neſciamus, an fides adhibenda ſit ejusmodi Copiis, annon, vid. *l. 2. ff. & l. 7. C. h. t.* quia error in deſcribendo admodum facilis & frequens.

Probant tamen *Copiæ* interdum. Huc pertinet, ſi exemplificatio facta citatis iis, quorum intereſt: ſi exemplum ex archivo producatur : & ſi in cauſis antiquis verſemur, vid. Brunneman. *Proc. Civ. c. 19. n. 9. 10. 11.* add. Hahn *ad Weſenb. h. t. num. 2. verb. Exemplar.*

Copia *vidimata* (aut *fidemata*, utrumque enim recte ſcribitur) ab *auſcultata* in effectu non differt, ſed ſolum quoad modum exemplificationis, quia in auſcultatione alter prælegit, alter vero auſcultat, in vidimatione autem unus utrumque, & copiam factam & originale, perlegit. Sed tamen neque ejusmodi copiæ probant, niſi ſemiplene.

LIB. XXII. TIT. V.

De Teſtibus.

DIST. I.

Inter Teſtes *omni exceptioni majores & idoneos.*

TEſtis *omni exceptione major* (qui etiam *claſſicus* vocari conſvevit) ſemiplenam facit probationem & propterea juramento ſuppletorio locus eſt: ſecus in teſte, qui *idoneus* ſaltem, aut omni exceptione major non eſt, vid. quæ diximus *ad tit. de probat. Diſt. IV.*

LIB. XXII. TIT. VI.

De Juris & Facti ignorantia.

DISTINCTIO I.

Inter *ignorantiam & errorem.*

IGnorantiam vocamus, quando quis ad propoſitam ipſi quæſtionem *plane tacet*: *errorem* vero, ſi *minus recte reſpondet*. Unde Metaphyſici priorem ignorantiam *puræ negationis*, poſteriorem vero *pravæ diſpoſitionis* vocari conſveverunt. Ceterum in praxi uſum non habet diſtinctio, quia quicquid de ignorantia in jure

jure affirmatur, vel negatur, id quoque affirmatur, vel negatur de errore eodem ubivis modo.

DISTINCTIO II.
Inter ignorantiam *juris* & *facti*.

IN hac diſtinctione maxima latet utilitas. Regula enim quoad *ignorantiam juris eſt, quod ea excuſationem neutiquam præbeat*, cum jus certum ſit & definitum, quod omnes ſubditi ſcire poſſunt & debent, atque adeo eorum ignorantia hac parte plane ſupina & fere affectata ſit.

Exceptio eſt in *minoribus, fœminis, militibus* & *ruſticis*, de quibus Struv. *S. J. C. Ex. 28. theſ. 56.* modo obſerves, hanc exceptionem ſolummodo in iis procedere, quæ meri juris civilis, non autem, quæ juris naturalis & divini poſitivi ſunt, unde pœna non mitigatur, quamvis interdum inquiſiti in Actis inquiſitionalibus reſpondiſſe deprehendantur, Sie hätten den Catechiſmum und die zehen Gebothe niemahln gelernet / wüſten auch nicht / ob ſtehlen / huren / u. d. gl. unrecht ſey / oder nicht / quis enim in cauſa eſt, quod hæc neſciant, niſi illi ipſi? Præcepta ſiquidem juris civilis ſæpe multis ſubtilitatibus ſcatent & ſic a quolibet comprehendi nequeunt, non autem leges divinæ, quæ ſimplices ſunt & intellectu facillimæ.

Di-

Diſtingvunt vero DD. *utrum is*, qui ignorantiam juris allegat, *de damno vitando*, an vero *de lucro captando* certet. *Poſteriori* caſu eam nocere dicunt, non autem *priori*. Sed tamen etiam *prior* caſus ſubdiſtinguendus. Aut ſcilicet, damnum *reverâ jam paſſi ſumus* rem noſtram in alium transferendo, & tunc ignorantia juris iterum nocet, id eſt, propter errorem, vel ignorantiam juris non conceditur actio, *l. 10. C. de jur. & fact. ignor.* aut damnum *nobis ſaltem imminet*, ubi rem adhuc poſſidemus, & tunc talis ignorantia non nocet, ſed nobis exceptio competit, *l. 7. & 8. ff. h. t.* quæ conciliatio harum Legum optima eſſe videtur & ſic melior, quam eorum, qui eo caſu, ubi damni reparationem intendimus, nos de captando aliquo lucro ſollicitos eſſe aſſerunt, quod fundamentis juris ipſique loquendi formæ directò contrariatur. Unde etiam illi, qui ex errore juris aliquid ſolvit, condictio indebiti rectè denegatur, prout contra diſſentientes (quibus ſe etiam jungere voluit Dn. Beyer *Poſ. ff. de Condict. indeb. poſ. 29 ſeqq.*) rectè adſtruit Lauterbach *eo tit.* Et licet ille excipiat, *debere in accipiente cauſam ſubeſſe, ob quam jure ipſi retentionem indulgent*; facili tamen negotio reſpondetur, eo ipſo juſtam cauſam adeſſe, quod leges alteri hanc rem in pœnam ſupinæ & craſſæ negligentiæ adimant, modò ſcilicet accipiens etiam in errore fuerit, quod ubique ſupponitur. His ſuppoſitis facile intelligi poteſt,

cur Ulpianus in *l. 25. §. 6. ff. de hered. petit.* dixerit, quod is quoque fructus retineat & pro b. f. poſſeſſore habendus ſit, qui in jure erravit, v. g. qui putavit recte factum teſtamentum, cum inutile erat, &c. certat ſiquidem hic *de damno imminente avertendo, non de damno jam perpeſſo reſarciendo*, & ergo Leges ipſi ignoſcunt. Vides ergo, in hac quoque materia verum eſſe, quod alias dicunt JCti: *Leges facilius exceptionem concedere, quam actionem*, quam Legum analogiam qui non obſervant, mirifice ſe torquere coguntur.

Jam ad *ignorantiam facti* progrediamur. Hic regula priori e diametro oppoſita deprehenditur. *Ignorantia enim facti excuſationem omnino præbet.* Facta ſcilicet publice non promulgantur, ut Leges, ſed ſecreto & nobis inſciis, qui omniſcientia deſtituti ſumus, expediuntur, ergo & a nobis exigi nequit, ut omnium factorum notitiam habeamus.

Subdiſtingue autem inter facta *propria* & *aliena*. Regula noſtra de alienis loquitur, non de propriis. Hæc enim ignorare velle iterum ſupini & affectati notam involvit. Quid ergo, ſi quis e. g. ex contractu emtionis ad pretium ſolvendum obligatus eſſet, ſed tamen, ubi ſolutionem differebat, ſe ex hoc capite a mora excuſare vellet, quod hujus obligationis oblitus plane fuerit? Non credo ipſi hoc profuturum eſſe, quamvis enim oblitus fuiſſet, oblivIſci tamen non debebat. Exceptio admitti

pos-

poſſet, ſi de facto antiquo ageretur, ubi executio contractus in multos annos dilata erat; hic enim excuſationem forſan præberet vulgatum illud: *Memoriam hominum eſſe labilem.* Et hæc vera hujus materiæ fundamenta eſſe credimus; qui plures limitationes & ſublimitationes, rem non explicantes, deſiderat, is adire poteſt Hahn. *in not. ad Weſenb. h. t.* Noſtrum non eſt, ejusmodi confuſiones ulterius propagare.

LIB. XXIII. TIT. I.
De Sponſalibus.

DIST. I.

Inter Sponſalia *de præſenti & de futuro.*

HÆc diſtinctio ex jure Canonico deſumta eſt, & apud eos quoque, qui lingua Latina utuntur, non parum utilitatis habet. Scilicet Sponſalia *de præſenti* dicuntur, quæ verbis præſentis temporis celebrantur, v. g. *Duco te in uxorem*, & hæc firmam obligationem producunt. Sponſalia *de futuro* autem appellant, ubi promiſſio per verba futuri temporis expeditur, v. g. *Ducam te in uxorem*, & hæc præparatoria potius ſponſaliorum, quam ipſa ſponſalia dici merentur, quia nullum plane effectum poſt ſe trahunt, v.

Illuſtr. Thomaſius *in Diſp. Lipſ. de validit. Conjug. invit. parent. contr.* §. 5. Deſſel. *Erotem. jur. Canon. lib. 4. Tit. 1. qu. 3.* ſed hæc quidem in verbis differentia apud Germanos locum non invenit, poſtquam jam ipſe Lutherus *in libello* von Ehe-Sachen / agnovit, es ſeye einerley / ob Hanß zu Grieten ſpreche / ich nehme dich / oder ich will dich nehmen / quemadmodum etiam in aliis caſibus eodem recidit, ſive v. g. quis dicat, ich ſchencke dir dieſes / oder ich will dirs ſchencken / niſi forſan ſponſus verba ita formaverit: Er wolle künfftig einmal mit der Caja Verlöbniß machen. Hodie ergo *ſponſalia impuberum* ſolum ad Sponſalia de futuro pertinent. Communis quidem DD. confuſio huc quoque ſponſalia conditionalia refert, cui ſententiæ ipſum Schilterum *in Inſtit. jur. canon. lib. 2. Tit. 10.* §. 5. nec non Huberum *Digreſſ. P. 1. l. 2. c. 7. circ. fin.* acceſſiſſe valde miror; ſed cœcus etiam hic, ni fallor, videre poſſet, utramque ſponſaliorum ſpeciem toto cœlo à ſe invicem diſtare, cum *ſponſalia de futuro nullam plane*; ea autem, quæ *ſub conditione* celebrantur, obligationem *ad expectandum conditionis eventum* inferant & ſic pendente conditione neutri ex contrahentibus facultas pœnitendi competat, vid. Dn. Thomaſius *loc. prox. cit.* §. 8.

Exiſtimant quidem nonnulli eruditi Viri, hodie quoque illum actum, ubi prima promiſſio fit de ineundo matrimonio, noſtri vocant

das

das Ja-Wort / cum ſponſalibus Canoniſtarum de futuro convenire; verum cum & hic jam adſit purus conſenſus, & ſolennitates poſtea adhiberi ſolitæ, v. g. annuli traditio, convivium, publicæ gratulationes, &c. non pertineant ad eſſentiam ſponſaliorum, hinc illi opinioni ſubſcribere nullo modo poſſumus.

DISTINCTIO II.

Inter Sponſalia *publica & clandeſtina*.

P*ublica* ſunt, quæ coram teſtibus accedente Parentum conſenſu celebrantur. *Clandeſtina* autem iterum duplicis ſunt generis: aut enim *teſtium præſentia*, aut teſtibus præſentibus *parentum conſenſus* deficit. Hæc neutiquam confundi debent, quod quidem ſæpe à DD. fieri conſvevit.

Uſus in eo conſiſtit: *Publica* firmam producunt obligationem ad matrimonium ineundum, quia juxta formam in Legibus præſcriptam celebrata fuerunt.

Clandeſtina, ubi ſaltem teſtes deſunt, pariter contrahentes obligant (jure communi, ſecus enim apud Saxones,) niſi quod probatio difficilior reddatur, vid. Heigius *p. 1. qv. 12.* ubi tamen multos ſcrupulos ſine neceſſitate movet. Melius procedit Illuſtr. Stryk *in not. ad Brunnem. jus Eccleſiaſt. l. 2. c. 16. §. 12. verb. de hic conſtet.*

Verum *Clandeſtina, quæ parentum conſenſu*

 deſti-

deſtituuntur, nulla ſunt, quia forma in Legibus & divinis & naturalibus requiſita deficit. Parentibus enim & hac parte liberi reverentiam exhibere tenentur. Appoſite Catullus:

Virginitas non tota tua eſt, ex parte parentum
eſt,
Tertia pars matri data, pars data tertia patri,
Tertia ſola tua eſt, noli pugnare duobus.

v. Heigius *d. qv. 22. num. 59.* Obtinet hoc, ſi ſponſalia ante conſummationem impugnantur, ſi tamen conſummatio acceſſit, aliud ſæpe obtinet, vid. *tit. ſeqv. Diſt. VI.* an bene, an male, non diſputo.

DISTINCTIO III.

Inter ſponſalia *pura & conditionalia.*

Pura ſtatim obligationem producunt & in illis facultas pœnitendi utrique parti ſimpliciter eſt præſciſſa. Aſt in *conditionalibus* effectus usque ad eventum futurum in ſuſpenſo manet, ac quamvis nec pendente conditione pœnitere liceat, e contrario tamen ea pendente etiam ad conſummationem agi non poteſt, quod in omnibus conventionibus conditionalibus ita obſervatur, vid. Carpzov. *Jurispr. Eccl. lib. 2. Def. 21. & 70.* Ceterum omnis conditio poſſibilis licite adjicitur, quamvis ſpem lucri contineat, v. g. ſi ſponſus officium aliquod conſecutus fuerit, aut ſponſa aliquot

mille thalerorum attulerit dotis nomine, Carpzov. *l. c. Def. 22.* Schilter *Inſtit. Jur. Canon. lib. 2. Tit. 10.* §. 4.

Sed quid de Conditione *impoſſibili* vel *turpi* ſtatuendum, ſi ea forſan ſponſalibus adjecta deprehendatur? Sedes hujus materiæ eſt in *c. fin. X. de condit. appoſ.* ubi Papa Gregorius IX. diſtinguit, (1.) utrum conditio adjecta ſit *facto impoſſibilis*, an *turpis*, & (2.) an hæc turpitudo impingat *contra leges quascunque*, utrum vero *contra leges matrimoniales in ſpecie.*

Si conditio *contra leges matrimoniales* impingit, v. g. ſi generationem prolis evites: donec inveniam aliam honore vel facultatibus ditiorem: aut ſi pro quæſtu adulterandam te tradas; tunc ipſe Papa fatetur, matrimonii contractum, quantumcunque ſit favorabilis, effectu carere, & hactenus bene decidit. Sed videbimus ulterius.

Scilicet, ſi conditio *contra leges quascunque impingat*, v. g. ſi furtum, homicidium, vim & ſimilia commiſeris; item, *ſi facto eſt impoſſibilis*, v. g. ſi cœlum digito tetigeris, &c. tunc Papa has conditiones in favorem matrimonii pro non adjectis habendas eſſe pronunciat, quod Deſſel. *Erotem. jur. Canon. l. 4. tit. 3. qv. 3.* exinde deducere nititur, quia etiam in ultimis voluntatibus ejuſmodi conditiones pro non adjectis haberi ſolent.

Ergo de jure Canonico maximus uſus diſtinctionis inter diverſas haſce conditionum

impoſſibilium ſpecies deprehenditur. Sed quid apud Evangelicos? Certe ſi Carpzovium alioſque nonnullos inſpicimus, jurisprudentia Evangelicorum ab hypotheſibus Pontificiorum nihil peculiare habebit, nam & ille in *cit. Jurispr. Eccl. lib. 2. Def. 24.* eadem repetit, quæ Papa dixit, & non minus, quam hic, favorem matrimonii crepat, add. Schilter. *d. l. 2. tit. 10. §. 4.* Verum enim vero cum hæc diſpoſitio juris Canonici plane irrationabilis ſit, cum ſcilicet conſenſum inducat, ubi talis non eſt, & homines invitos etiam ad nuptias cogat, quod ipſum deteſtatur jus divinum naturale & poſitivum; D D. autem noſtri in ea ſint opinione, & recte quidem, jus Canonicum Evangelicos non obligare, neque inter eos pro recepto haberi poſſe, niſi quatenus cum jure divino congruit; hinc juri Canonico in hac materia autoritas aliqua apud Evangelicos tribui nulla ratione poteſt, quod ipſum non ſolum rationibus concludentibus, ſed autoritatibus etiam & Theologorum & JCtorum Proteſtantium fuſe oſtendimus in *pecul. Differtat. de Conditionibus ſponſaliorum impoſſibilibus*, *hic Halæ ante duos annos habita*, quo nos brevitatis cauſa remittimus.

DISTINCTIO IV.

Inter *Arrbam ſponſalitiam*, *ſponſalitiam largitatem* & *Morgengabam.*

A*rrha ſponſalitia* vocatur, quæ *in ipſo actu deſpon-*

deſponſationis plerumque offertur a ſonſo ſponſæ & vice verſa, quo pertinent annuli, &c.

Sponſalitiam largitatem autem ſponſus ſponſæ tempore intermedio *poſt celebrata ſcilicet ſponſalia usque ad nuptias* offerre ſolet ad eliciendum ſcilicet, ut creditur vulgo, ſponſæ amorem.

Morgengaba denique a ſponſo ſponſæ *altero nuptiarum die* in pretium delibatæ virginitatis dari conſuevit.

Uſus in eo conſiſtit: *Arrham* retinent quidem deſponſati, ſi matrimonium ſubſequitur: aſt ſi non ſequitur, tunc diſtinguendum, cujus culpa hoc fiat. Si *culpa ſponſi* ſubeſt, tunc ſponſa itidem arrhas, quas accepit, retinet; *ſin ſponſæ*, tunc hæc acceptas duplicatas reſtituit; *ſin neutrius*, tunc ſimpliciter reſtituantur, *v. l. 3. & 5. C. de ſponſalib.* Hodie uſus practicus longe diverſus obtinet. Conſiſtoriales enim ſibi communiter arrhas vindicare ſolent, ſi inter deſponſatos litigia oriantur & ſponſalia celebrata iterum reſcindantur.

Circa *ſponſalitiam largitatem* diſtinguitur in *L. 16. C. de donat. propt. nupt.* an matrimonio non ſubſequente *oſculum intervenerit, annon. Priori* caſu dimidiam retinebat ſponſa, *poſteriori* nihil. Et hic perinde eſſe dicunt, ſive oſcula præcedant donationem, ſive ſequantur, modo poſt jam inita ſponſalia dentur, Barboſa *in rubr. ff. ſolut. matrim. p. 2. num. 112.* Quid hodie obtineat, de eo fere ſilent DD.

quantum ego memini, nunquam audivi, ſponſalitiam largitatem unquam redditam fuiſſe, nec tale quid apud ſcriptores reperi. Ad minimum rariſſime evenire puto, quod oſculum non interceſſerit, & quod hac parte ſponſa probatione non ſit oneranda, ſed illa pro ſe præſumtionem militantem habeat.

Morgengabam quod concernit, ea ſine dubio pleno jure ſtatim ad novellam uxorem pertinet, atque inter Nobiles Germanos etiamnum in uſu diverſis in locis, quæ cum ex moribus Germanorum profluat, ad prohibitionem juris Romani de donationibus inter Virum & Uxorem plane non pertinet, quamvis forſan & ex ejuſdem juris principiis facile defendi queat. Cum hac non eſt confundenda *alia Morgengabæ ſpecies*, quam uxor jure peculiari ex mariti bonis capit: nec non *alia Longobardorum moribus* recepta, cui apud nos dotalitium reſpondere videtur, de quibus confer. Ziegler *in not. ad Grot. de J. B. & P. l. 2. c. 7. §. 8. verb. Tale eſt matrimonium ad Morgengabicam.*

LIB. XXIII. TIT. II.

De Ritu Nuptiarum.

DISTINCTIO I.

Inter Nuptias *publicas* & *clandeſtinas*.

Hic alia plane eſt denominandi ratio, quam in diviſione ſponſaliorum in publica & clandeſtina. Ibi enim ad *conſenſum*

ſenſum parentum primario reſpiciebatur, hic vero ad modum conſummationis, nempe *ad benedictionem ſacerdotalem*. *Publicæ* ergo dicuntur, quæ accedente ſacerdotali benedictione conſummatæ; *clandeſtinæ* e contrario, ubi eadem deficit, & perſonæ ante legitime deſponſatæ privato auſu corpora communicant. Ubi tamen quilibet deprehendit, eo ipſo non committi concubinatum, cum revera conſenſus matrimonialis adſit, ſed ſolummodo Leges Eccleſiaſticas, quæ benedictionem ſacerdotalem præciſe requirunt, violari.

Si de uſu hujus diſtinctionis diſputamus, tunc partim *ad ipſas perſonas contrahentes*, partim etiam *ad liberos ab ipſis procreatos* oculus dirigendus eſt. *Perſonæ contrahentes*, quoniam in Leges Eccleſiaſticas impingunt, cenſura etiam Eccleſiaſtica coercentur. Succesſio tamen, quæ ex mero jure civili defertur, ſalva ipſis manet, quia jus civile benedictionem ſacerdotalem ignorat. Aſt ad ſuccesſionem ex ſtatutis non admittuntur. Requirunt enim hæc tales perſonas conjugatas, quæ Legibus Eccleſiaſticis in Provinciis receptis ſeſe conformarunt. Idem *ratione ſuccesſionis liberorum* obtinet, atque ejusmodi liberi pro legitimis omnino habentur, conf de his B. Stryk. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 1. c. 2. §. 49. & 50.*

quantum ego memini, nunquam audivi, ſponſalitiam largitatem unquam redditam fuiſſe, nec tale quid apud ſcriptores reperi. Ad minimum rariſſime evenire puto, quod oſculum non interceſſerit, & quod hac parte ſponſa probatione non ſit oneranda, ſed illa pro ſe præſumtionem militantem habeat.

Morgengabam quod concernit, ea ſine dubio pleno jure ſtatim ad novellam uxorem pertinet, atque inter Nobiles Germanos etiamnum in uſu diverſis in locis, quæ cum ex moribus Germanorum profluat, ad prohibitionem juris Romani de donationibus inter Virum & Uxorem plane non pertinet, quamvis forſan & ex ejusdem juris principiis facile defendi queat. Cum hac non eſt confundenda *alia Morgengabæ ſpecies*, quam uxor jure peculiari ex mariti bonis capit: nec non *alia Longobardorum moribus* recepta, cui apud nos dotalitium reſpondere videtur, de quibus confer. Ziegler *in not. ad Grot. de J. B. & P. l. 2. c. 7. §. 8. verb. Tale eſt matrimonium ad Morgengabicam.*

LIB. XXIII. TIT. II.

De Ritu Nuptiarum.

DISTINCTIO I.

Inter Nuptias *publicas* & *clandeſtinas*.

Hic alia plane eſt denominandi ratio, quam in diviſione ſponſaliorum in publica & clandeſtina. Ibi enim ad *conſenſum*

ſenſum parentum primario reſpiciebatur, hic vero ad modum conſummationis, nempe *ad benedictionem ſacerdotalem. Publicæ* ergo dicuntur, quæ accedente ſacerdotali benedictione conſummatæ; *clandeſtinæ* e contrario, ubi eadem deficit, & perſonæ ante legitime deſponſatæ privato auſu corpora communicant. Ubi tamen quilibet deprehendit, eo ipſo non committi concubinatum, cum revera conſenſus matrimonialis adſit, ſed ſolummodo Leges Eccleſiaſticas, quæ benedictionem ſacerdotalem præciſe requirunt, violari.

Si de uſu hujus diſtinctionis diſputamus, tunc partim *ad ipſas perſonas contrahentes*, partim etiam *ad liberos ab ipſis procreatos* oculus dirigendus eſt. *Perſonæ contrahentes*, quoniam in Leges Eccleſiaſticas impingunt, cenſura etiam Eccleſiaſtica coercentur. Succeſſio tamen, quæ ex mero jure civili defertur, ſalva ipſis manet, quia jus civile benedictionem ſacerdotalem ignorat. Aſt ad ſucceſſionem ex ſtatutis non admittuntur. Requirunt enim hæc tales perſonas conjugatas, quæ Legibus Eccleſiaſticis in Provinciis receptis ſeſe conformarunt. Idem *ratione ſucceſſionis liberorum* obtinet, atque ejusmodi liberi pro legitimis omnino habentur, conf. de his B. Stryk. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 1. c. 2. §. 49. & 50.*

DISTINCTIO II.

Inter Matrimonium *ratum ſed non legitimum: legitimum ſed non ratum: legitimum & ratum ſimul.*

ORiginem ſuam hæc diſtinctio juri Canonico debet. Concurrunt enim in cauſis matrimonialibus, quas Canones pro ſpiritualibus habent, duplices Leges, Eccleſiaſticæ & Civiles, id eſt, quædam ex diſpoſitione Legum generali requiruntur, quædam autem ſpecialiter ex canonum ordinatione. *Legitima* ergo dicuntur matrimonia in relatione ad jus commune, *rata* autem relatione ad leges Eccleſiaſticas facta. Sic e. g. ſi quis cum infideli matrimonium contrahit, illud quidem legitimum eſſe poteſt, ſi conſenſus contrahentium eorumque parentum acceſſerit, ſed ratum non eſt, quia canones tale matrimonium non ratihabent. E contrario, ſi duo fideles, ſed abſque parentum conſenſu nuptias contrahunt, ratum quidem eſt, id eſt, canonibus conforme, verum juri communi repugnat, ob neglectum parentum conſenſum. Quod ſi ergo illa duo conjunguntur, ratum eſt & ſimul quoque legitimum.

Sed quid de uſu dicendum? Sane, ſi legitimum non ſit matrimonium, id eſt, ſi conſenſus deficiat, ſine dubio nullum illud erit ac pro-

propterea reſcindendum: verum, ſi ratum non ſit, reſciſſio non ſtatim locum invenit, quamvis non pauci ex Canoniſtis contrarium propugnent, vid. Brunnem. *de jur. Eccleſ. l. 2. cap. 17. §. 8. in not. verb. cum infideli contractum*, quorum tamen opinio Evangelicis ſeſe non adprobat, propter textum *1. Corinth.* 7. conf. Schilter *Inſtit. jur. canon. l. 2. Tit. 10.* §. *13.*

DISTINCTIO III.

Inter Matrimonium *juſtum* & *injuſtum.*

HÆc diſtinctio theoretice etiam falſa eſt. Matrimonium enim injuſtum plane non eſt matrimonium, cum hoc juxta Leges celebrari debeat, illud vero injuſtum Legibus e diametro contrariatur. Hæc cum ita ſeſe habeant, non opus eſt, ut de uſu practico diſpiciamus.

DISTINCTIO IV.

Inter Matrimonium *verum* & *præſumtum.*

VErum dicunt, quod modo legitimo probari poteſt, e. g. per teſtes & per inſtrumenta: *præſumtum*, ad quod probandum conjecturæ in medium vocantur, v. g. diutina cohabitatio, quod tamen admittit probationem in contrarium. Hæ duæ ſpecies ergo non aliter, quam *ſolo modo probandi* differunt.

DI-

DISTINCTIO V.
Inter Matrimonium *inchoatum*, *perfectum* & *conſummatum*.

PRima ſpecies plane incongrue huc refertur, quia per illam ſponſalia denotantur, at vero ſponſalia non ſunt ſpecies matrimonii juxta receptum loquendi uſum, ſed matrimonio opponuntur.

Reſtant ergo duæ poſteriores, *perfectum* ſcilicet & *conſummatum*. Matrimonium prius deſcribit Lauterbach. *ad h. t. quod abſolutum eſt ratione eſſentiæ*, id eſt, prout puto, ubi non ſolum declaratio conſenſus, ſed ipſa etiam ſacerdotalis benedictio adeſt, (quia alias non eſſet matrimonium, ſed ſponſalia:) benedictio ſacerdotalis enim quin moribus noſtris ad eſſentiam matrimonii ſpectet, nullum dubium eſt. Ad *conſummatum* vero præter copulam illam ſacerdotalem carnalis quoque, id eſt, corporum conjunctio requiritur, quia tunc demum conjugati ſcopum ſuum plane aſſecuti ſunt. Ergo ex ſola conſcenſione thalami, wenn das Ehebette beſchritten/ regulariter plena conſummatio nondum provenit.

Verum enim vero, ſi dicendum, quod res eſt, uſum hujus diſtinctionis non invenio. Nec enim perfectum matrimonium ex aliis cauſis iterum reſolvi poteſt, quam quidem conſummatum, & vice verſa. Jura quoque uxori

uxori ratione dotis utroque caſu eodem modo competunt. Illud unicum ſolummodo excipitur, quod jure Saxonico, ſi *de ſucceſſione in portione ſtatutaria* agitur, perfectio matrimonii non ſufficiat, ſed conſummatio ejusdem neceſſario requiratur, ita tamen, ut ſola thalami conſcenſio hic jam pro conſummatione habeatur, vid. Carpzov. *P. 3. C. 19. Def. 4.* Idem in Marchia. In aliis locis ſufficit, modo ſacerdotalis benedictio acceſſerit, B. Stryk. *in not. ad Brunn. Jus Eccleſ. l. 2. c. 17. §. 40. verb. poſt conſcenſum thalami.*

DISTINCTIO VI.

Inter conſenſum paternum, qui in liberorum nuptiis ex *honeſtate* & qui ex *neceſſitate* requiritur.

MUltum intereſt, hæc duo à ſe invicem accurate diſtinxiſſe. Quod ſi enim *honeſtatis* ſaltem cauſa liberi ad impetrandum conſenſum paternum obſtringuntur, exinde ſequitur, liberos quidem peccare in conſcientia ſua, ſi neglecto eo ad matrimonia provolant, & propterea etiam à Magiſtratu politico pœna aliqua arbitraria coërceri poſſe, ſed ita tamen, ut ipſum matrimonium perfectum maneat & ſalvum. E contrario autem ſi dictum conſenſum *neceſſitatis* eſſe ſtatuimus, matrimonium eo omiſſo irritum omnino erit & nullum.

Aſt, quæſtio principalis in eo nunc conſi-

ſtit,

ſtit, quale prædicatum ex hiſce duobus conſenſus paternus apud nos in praxi mereatur? Non inutile erit fortasſis, ſi antequam ad hanc quæſtionem reſpondemus, ſingulas Legum divinarum & humanarum ſpecies percurramus & quid illæ de conſenſu hocce diſponant, breviter recenſeamus, idque ductu eorum, quæ Illuſtr. Thomaſius *in Diſſ. Lipſ. de matrim. invit. parent. contr.* §. *16. ſeqq.* de hac materia fuſe & accurate diſſerit.

Scilicet quoad *jus naturæ* diſtinguendum eſt, utrum liberi adhuc in familia paterna maneant, an vero ex eadem jam diſceſſerint & propriam ſibi conſtituerint. Priori caſu neceſſitatis erit conſenſus & propterea parentes nuptias ipſis invitis contractas reſcindere poterunt, quia conjugium liberorum eſt actus maximi momenti in familia & multis modis in præjudicium parentum cedere poteſt. Poſteriori caſu conſenſus honeſtatis ſaltem erit, cum ex lumine naturæ nulla ratio adferri posſit, quæ matrimonium diſſolvendum eſſe directo ſuadeat.

Jus divinum poſitivum ſæpius liberis inculcat, ut obedientiam parentibus ſuis ubique præſtent, atque actionum ſuarum directionem iisdem relinquant, pœnam quoque illis minatur, qui juſſus paternos ſpernunt eorumque monita ſusque deque habent; ſed nullibi invenitur in S. Scriptura, matrimonia liberorum propterea reſcindenda eſſe, quæ absque paren-

rentum conſenſu inita fuerunt. Ad dubia, quæ hic movet Havemann. *in Gamolog. Synopt. lib. 1. tit. 3. poſit. 4.* jam reſponſum eſt in *cit. Diſp.* §. 17.

Leges Juſtinianea conſenſum parentum in liberorum (in poteſtate patria exiſtentium) nuptiis ſine dubio de neceſſitate exigunt, & ſic matrimonia eo deſtituta pro nullis declarant, *pr. I. de nupt.* in nuptiis emancipatorum itidem honeſtatis ſolummodo fuit.

Jure Canonico conſenſus parentum indiſtincte de honeſtate ſaltem exigitur, ſive liberi exiſtant in patria poteſtate, ſive emancipati ſint. Ad textus obſtantes ex jure Canonico reſponſum eſt in *dict. diſp.* §. 19.

Quod *praxin* attinet, cum jus Canonicum in cauſis matrimonialibus ex unanimi DD. confeſſione Legibus Romanis præferatur, hinc ſine dubio etiam, niſi aliud diſpoſitum inveniatur, conſenſus paternus hodie de neceſſitate non erit, ſed ex honeſtate ſolum adhibendus. Teſtantur id plurima exempla, ubi liberi inſciis parentibus ſeſe conjunxerunt & à Clerico quodam Pontificio, vel Evangelico etiam, extra Provinciam ſe copulari curaverunt, & nihilominus tamen ejusmodi nuptiæ non fuerunt diſſolutæ, aut pro nullis declaratæ. Dixi autem, *niſi aliud diſpoſitum inveniatur*. In nonnullis enim Provinciis, v. g. Sceptro Boruſſico ſubjectis, & ni fallor, in Ducatu Brunſuicenſi & Luneburgenſi, contrarium obtinet,

tinet, ita, ut quamvis ipſa corporum conjunctio jam acceſſiſſet, declaratio nullitatis adhuc tamen fieri queat. Interim, qui ejusmodi conſtitutionem in Provincia aliqua adeſſe dicit, hoc aſſertum ſuum in dubio probare tenetur, quia pro obſervantia juris Canonici præſumtio militat. In Saxonia defectus conſenſus paterni matrimonia liberorum non reddit irrita, parentibus tamen liberos propterea exheredes ſcribere permittitur, Carpzov. *Jurispr. Eccleſ. lib. 2. Tit. 3. Def. 54.*

DISTINCTIO VII.

Inter Cognationem *ſpiritualem* & *ſecularem*.

COgnatio *ſpiritualis* jure decretalium inter baptizatum & compatrem ejusque filios & uxorem, imo inter eum & baptizati Patrem atque matrem, nec non inter hos & baptizantem contrahitur. Sic quoque talis cognatio ex ſacramento confirmationis apud Pontificios oritur. Concilium Tridentinum tamen hoc eatenus reſtrinxit, ut non amplius ad ſuſcipientis compatris filios & uxorem tranſeat cognatio, ſed ſaltem inter baptizantem & baptizatum ejusque parentes, item inter ſuſceptorem & baptizatum ejusque patrem & matrem contrahatur. Verum, quia Evangelici hanc cognationis ſpeciem plane non agnoſcunt, vid. Gerhard *Loc. Theol. loc. de conjug.*

num.

num. 367. ſeqq. inde adlata diſtinctio nullius quoque momenti erit, & matrimonia inter jam enumeratas perſonas contracta non reſcindentur, quod fiebat jure Canonico, vid. fuſe de hac materia Deſſelius *Erotem. jur. canon. lib. 4. Tit. 10. qu. 3. ſeqq.* Sanchetz *de matrimon. l. 7. Diſp. 54. ſeqq.* Quamvis vero & in *l. 26. circ. fin. C. de nupt.* matrimonium inter ſuſceptorem & ſuſceptam jam prohibitum fuerit; hoc tamen ex eadem erronea ratione factum, quam jus canonicum habet, *quia ſcilicet per baptiſmum renaſcitur homo & ſic cognatio aliqua exinde oritur*, vid. Deſſel. *loc. cit. qu. 2.* Et ergo dum eam Pontificiorum rationem generaliter rejecimus, nec Jus civile, nec canonicum hac parte nos obligabit, neque video, qua ratione illi, qui contrariam juri civili hic allegat conſvetudinem, probatio imponi, & quomodo adhuc ad petendam diſpenſationem adſtringi queat, qui cum ſuſceptore ſuo nuptias celebrare intendit? quod putat Brunnem. *ad l. 26. C. de nupt.* conſ. Berlich. *P. 4. Concl. 32. num. 24.* Jus civile enim hac parte nunquam potuit eſſe receptum apud Evangelicos.

DISTINCTIO IIX.

Inter Cognationem ſecularem *naturalem* ſ. ſangvinis, & *civilem* ſ. legalem.

PRior ex propagatione ſangvinis oritur inter perſonas, quæ vel generarunt alias, vel quæ ab eodem communi ſtipite generatæ ſunt, &

hac perpetuum effectum habet. Poſterior ex adoptione provenit, & hæc quidem *quoad aſcendentes & deſcendentes* adoptati *effectum perpetuum habet*, ſed inter eos, *qui à latere* per adoptionem conjuncti ſunt, ſcilicet adoptatum & filios naturales adoptantis, *durante ſaltem adoptione* impedimentum matrimonii parit, *v. c. un. X. de cogn. legal. §. 1. & 2. J. de nupt.* Deſſel. *l.* 4. *Tit. 12. qu. 2.* Hodie cognationem legalem plane non amplius attendi communiter ſtatuunt, vid. Havemann *Gamolog. Synopt. l. 2. tit. 6. problem. 10. num. 2.* B. Stryk. *in not. ad Brunnem. jus Eccleſ. l. 2. c. 16. §. 19. verb. probibitio legalis*, qui tamen adhuc diſpenſatione opus eſſe putat.

DISTINCTIO IX.

Inter Computationem *civilem* & *canonicam*.

JUxta *jus civile* una eſt generatio unius perſonæ, unde tot dicuntur generationes, quot ſunt perſonæ genitæ: ſed *jure canonico* una generatio dicitur omnium filiorum ab eodem patre procreatorum, altera eorum, qui ab his filiis geniti ſunt, & ita deinceps tertia, quarta & ulteriores generationes accipiuntur, germanice exprimitur accurate per vocem: Glied / das erſte / andere Glied / &c. vid. Julius Pacius *in anal. Inſt. ad pr. tit. 6. lib. 3.*

Quoad lineam rectam nulla diverſitas inter utram-

utramque computationem deprehenditur,ſed ſolummodo quoad collateralem,ſive obliquam. Fluit enim ex ante adducta deſcriptione,quod ſecundum jus civile tot eſſe debeant gradus, quot perſonæ in utroque latere deprehenduntur, quia tot ſunt generationes, & quod propterea frater fratri in gradu ſecundo conjunctus ſit: e contrario autem, quod juxta jus canonicum utrumque latus pro uno habeatur, unde duo fratres ſibi e regione oppoſiti primam conſtituunt generationem & ſic primum quoque gradum. Quod ſi latera ſunt inæqualia, tunc longius numerandum eſt, quia hoc novam conſtituit generationem & ſic novum gradum.

Sed quæritur nunc, quænam ex hiſce duabus computationibus alteri præferenda ſit in praxi? Reſp. utramque ſuum uſum habere, ſed in diverſis caſibus. *Computatio canonica* toties obſervatur in praxi, quoties *de prohibitione vel permiſſione matrimoniorum* quæritur, & propterea ordinationes Eccleſiaſticæ de gradibus conſangvinitatis loquentes hanc computationem indigitaſſe intelliguntur. Verum enim vero in *materia ſucceſſionis computatio civilis* communiter obſervatur. Idem obtinet in aliis cauſis civilibus, v. g. *in immunitate a teſtimonio dicendo*; quando nempe in *l. 4. ff. de teſt.* dicitur, neminem usque ad ſextum gradum incluſive compelli poſſe, ut invitus teſtimonium dicat. Item: *in mandato præſumto*, quando

ſcilicet quæritur, ad quem usque gradum inter cognatos tale mandatum præſumatur? ubi in *l. 35. pr. ff. de Procur.* fratrum ſaltem fit mentio & ſic illa præſumtio in ſecundo ſaltem gradu lineæ collateralis locum invenit. Plura adducere ſuperfluum foret, ſufficere enim poteſt regula generalis: *In omnibus cauſis, præter matrimoniales, computationem juris civilis locum habere.*

LIB. XXIII. TIT. III.
De Jure Dotium.

DISTINCTIO I.
Inter Dotem *veram* & *putativam.*

VEræ & putativæ dotis appellationes à principali, cui accedit dos, matrimonio ſcilicet, deſumtæ ſunt. Quod ſi enim matrimonium verum eſt, dos quoque idem prædicatum meretur; ſin illud putativum, hæc quoque putativæ nomen habet. Per matrimonium putativum autem communiter illud intelligunt, quod quidem contra Legum diſpoſitionem, ex ignorantia facti tamen celebratum eſt, v. g. ſi frater & ſoror in tenella ætate ab hoſtibus in diverſa loca abducantur & poſtmodum vinculi conſangvinitatis ignari ſeſe conjungant. Hæc quoad explicationem ipſorum

rum terminorum. Quantum vero ad uſum fori attinet, inter dotem veram & putativam exigua, vel potius nulla, intercedere videtur differentia. Quamdiu enim dos putativa manet, id eſt, quamdiu partes contrahentes in ignorantia ſua perſiſtunt, iisdem privilegiis & juribus gaudet, quæ de dote vera unquam prædicari poſſunt. Quod ſi vero ignorantiam illam exuunt conjuges, tunc quidem omnia ejus jura ceſſant, *l. 3. ff. h. t.* ſed tunc quoque non amplius eſt dos putativa. Non melius videtur hæc res illuſtrari poſſe, quam per diſtinctionem alias inter verum dominum & b. f. poſſeſſorem uſitatam. Nam tunc dicitur, bonam fidem tantundem præſtare posſidenti, quantum veritas præſtat. *l. 136. ff. de R. J.* ſed hoc ſtatim ceſſat, quamdiu illa bona fides deſinit. Eodem modo comparatum eſt, ſi partes bona fide, id eſt, per ignorantiam facti, matrimonium in gradu prohibito contrahunt.

DISTINCTIO II.

Inter Dotem *conſtitutam* & *promiſſam*.

DOtem promiſſam non proprie dotem eſſe, adſtruit Lauterb. *Comp. jur. h. tit.* & in eam rem allegat *l. ff. ſolut. matrim. l. 13. §. 2. ff. de fund. dot.* addita ratione, *quod dos per rei traditionem conſtituatur.* Sed ſi evolvuntur iſtæ Leges, ne minimum quidem in illis deprehenditur,

ditur, quo Lauterbachii ſententia ſtabiliri poſſit. Ipſe quoque fatetur, in pactis & ſtatutis dotem promiſſam etiam ſub nomine dotis venire, & ſic v. g. maritum in Saxonia æque lucrari dotem promiſſam, quam conſtitutam, &c. Si dicendum, quod res eſt, dos conſtituta & promiſſa non aliter differre videntur, quam quod ſupra *ad tit. de emt. vend.* de diſtinctione *inter emtionem perfectam & conſummatam* diximus, ſcilicet, quod dos promiſſa jus perſonale ſaltem marito tribuat, & ſic ille rem penes tertium exiſtentem jure proprio vindicare nondum poſſit, quod tamen ipſi conceditur, ſi dos eſt conſtituta, id eſt, per traditionem dotis conſummata.

DISTINCTIO III.

Inter Dotem *profectitiam* & *adventitiam*.

P*Rofectitia* vocatur, quæ à mulieris patre, ac alio in linea paterna aſcendente conſtituta, ſine diſtinctione, an conſtituens mulierem in ſua poteſtate habeat, annon, *l. 5. §. 11. ff. h. t. Adventitia* autem eſt, quæ à matre mulieris, vel avo materno, aut à quovis alio data, v Struv. *S. I. C. Ex. 30. th. 4.* & huc etiam pertinet, ſi pater, cum deberet filiæ (emancipatæ, e. g. ex contractu,) ejus voluntate dedit, non enim ut parens dedit, *v. d. l. 5. §. 11. ff. h. t.* Interim uſum in hac diſtinctione in praxi non deprehendo,

hendo, cum marito idem jus competat, & uxori etiam eadem ubique privilegia, ſive dos perfectitia fuerit, ſive adventitia.

DISTINCTIO IV.

Inter bona *dotalia*, *paraphernalia* & *receptitia*.

HÆc diſtinctio, ſi unquam alia, maximum uſum in praxi habet, qui partim *intuitu uxoris*, partim etiam *intuitu Mariti* ſe exerit.

Uxor quoad *dotalia* non ſolum gaudet jure tacitæ hypothecæ, ſed jure prælationis etiam, vi cujus omnibus creditoribus expreſſam hypothecam eamque antiquiorem habentibus in concurſu ſuper mariti bonis moto præponitur, *l. aſſiduis. C. Qui pot. in pign.* (in Saxonia hoc ſaltem in hypotheca priori tacita procedit, Brunnem. *de Proc. Conc. Credit. c. 5. §. 27.*) In *paraphernalibus* tacita ſaltem hypotheca gaudet à tempore commisſionis & illationis æſtimandæ, Carpzov. *P. 1. Conſt. 28. Def. 87. ſeqq.* (Jure Magdeburgico dotalia & paraphernalia iisdem gaudent privilegiis, Martini *ad Proceſſ. Saxon. tit. 43. §. 2. n. 7.*) Verum quoad *receptitia* plus juris uxori non competit, quam aliis creditoribus, unde ſi uxor ex pecunia ſua receptitia certam quantitatem marito mutuo dedit, ad claſſem chirographariorum refertur, ſi de hypotheca ſibi non proſpexit, prout contra Richterum *de privil. Cred. c. 3. ſect. 1. n. 111.*

 adſtruit

adſtruit Illuſtr. Stryk. *in not. ad B. Brunnemann. Proc. Conc. cred. cap.* 5. §. *33. verb. obliget.*

Sed quid, ſi maritus adminiſtrationem bonorum receptitiorum de facto ſibi arroget atque hoc nomine deinde uxoris ſuæ debitor evadat, *quæritur, annon tunc quoque tacitam hypothecam in bonis mariti habeat?* Affirmat quæſtionem Brunnem. *d. c.* 5. §. *33.* ex ea cauſa, *quod nulla appareat ratio, cur non etiam receptitiorum bonorum adminiſtratio, ſi ea uxor non commiſerit, obliget;* Verum ex illis quæ ipſe Beatus Vir *d. c.* 5. §. *52.* habet, *ibi: videntur tamen, id ſine textu facere,* & quæ nos ſupra ad diſtinctionem inter hypothecam tacitam & expreſſam diximus, quod nempe in hac materia ab identitate rationis & æquitatis argumentari non liceat; ſententia contraria ſine dubio majus pondus habebit, cui etiam adſtipulari videtur Carpzov. *P.* 2. *C.* 24. *Def.* 4. ab ipſo Brunnemanno allegatus.

Hæc, quæ adduximus, de eo caſu intelligenda ſunt, ſi res uxoris *jam ſunt conſumtæ;* quod ſi vero *eadem adhuc extant*, tunc uxor indiſtincte illas vindicat, ſive ſint dotales, ſive paraphernales, ſive receptitiæ, Brunnemann. *d. c.* 5. §. *6.* & *33.*

Obſervandum quoque eſt, quod in eo bona dotalia paraphernalibus prævaleant, quia dotalitium & donatio propter nuptias tanquam correlatum *bonorum dotalium* conſiderantur; at licet uxoris *paraphernalia* quam maxima

ma ſint, propterea tamen commodo aliquo reciproco non gaudet.

Quantum *ad maritum* attinet, is *bona dotalia*, ſi conſtante matrimonio eorum poſſeſſio penes tertium deprehendatur, *vindicare* poteſt, tanquam dominus: at *paraphernalia* & *receptitia* non poteſt. Ceterum tamen, quoad perceptionem emolumentorum, inter bona dotalia & paraphernalia nihil omnino intereſt. Nam maritus ex dotalibus etiam *ordinaria* ſaltem emolumenta percipit, quippe quæ fructuum nomine proprie veniunt, non autem extraordinaria v. g. theſaurum, lapidicinam, &c. *v. l.* 7. §. *12. 13. ff. ſolut. matrim.* unde mariti dominium in rebus dotalibus revera ab uſufructu non differt, niſi *quoad facultatem vindicandi*, qua uſufructuarius deſtituitur, quod ipſum in cauſa fuiſſe puto, quare DD. illud dominium ab omnibus aliis ſeparaverint & *civilis* nomine inſigniverint.

Porro ſi Uxor intuitu bonorum dotalium convenitur, maritus ſolus *proprio nomine* actionem ſuſcipit, & abſurdum adeo eſſet, ſi ille, quod nonnulli imperiti faciunt, Curatorio nomine ſeſe ſubſcribere vellet. At in paraphernalibus & receptitiis non aliter, niſi *Curatorio nomine* admittitur, ſed tamen cum hac iterum differentia, quod in paraphernalibus ad mandatum, vel potius Curatorium producendum non ſit obſtrictus, quia hic autoritatem ſuam immediate ex Legis diſpoſitione habet, quod

in receptitiis ſecus eſt, quamvis & hic propter præſumtionem pro ipſo militantem cum cautione de rato admittatur, *l. 21. C. de Procur.*

Bona *dotalia immobilia* maritus ne quidem conſentiente uxore alienare poteſt, *pr. J. quib. alien. lic. vel non.* at *paraphernalia* poteſt, mandante ſcilicet & conſentiente Uxore, non nomine proprio, quia non eſt Dominus. Moribus Saxonicis etiam dotalia recte alienantur, accedente mulieris ejusque Curatoris conſenſu, interveniente etiam cauſæ cognitione & decreto Magiſtratus, Richter *de ſucceſſ. ſect. 4. membr. 2. n. 10. ſeqq.* Struv. *Exerc. 30. th. 22.* Extra Saxoniam in plerisque Germaniæ locis dotalia itidem hodie alienari poſſe, aſſerit ad Schilterum provocans Hoppius *in Comm. ad pr. J. quib. alien. licet in uſu mod.* ſed neſcio, an huic aſſerto in dubio fides tuto adhiberi poſſit, cum dotium idem adhuc ſit favor, qui olim erat. Illud interim expeditum eſſe dicunt, alienationem validam eſſe, ſi Uxor in eam jurato conſenſerit, v. Struv. *d. Ex. 30. th. 21.* ſed non adeo recte.

Reſtat, ut diſpiciamus, *quid in dubio præſumendum ſit, utrum ſcilicet bona uxoris pro dotalibus, paraphernalibus, an vero pro receptitiis haberi debeant?* Communis & in foro recepta regula eſt: *Bona marito allata in dubio haberi pro paraphernalibus, non dotalibus, neque etiam pro receptitiis.* Ergo, ſi maritus aſſerit, quædam ex illis eſſe dotalia; Uxor contra, quædam eſſe receptitia, aſſertionis hujus probatio & marito & uxori

uxori incumbit pro diverſitate caſuum. Scrupulos, quos hic movet Dn. Beyer *poſ. ff. h. t. p. 544.* facile removeri poſſe puto. Autoritatem ſiquidem Hartmanni Piſtoris, Antonii Fabri & Carpzovii *quoad ea, quæ tempore nuptiarum ab uxore adferuntur:* Schilteri etiam eorum intuitu, *quæ poſt matrimonium contractum uxori cedunt*, jam ſequeſtrare poſſumus, ſalva alias eorum autoritate. Interim poſtquam jus Romanum in materia dotium ſemel receptum fuit, (utrum bene, an male, ad nos in præſenti non pertinet,) dotis conſtitutio autem peculiarem contractum requirit, qui nunquam præſumitur, ſed in mero facto conſiſtens ab allegante probari debet; hinc ſine dubio etiam maritus dotem ſibi conſtitutam eſſe aſſerens, hoc probare obſtrictus erit, Wiſſenbach *ad ff. h. t. th. 14.* Qualitas bonorum paraphernalium e contrario ut probetur, neceſſitas non requirit. Eo ipſo enim dum uxor bona quædam marito adfert & Lex immediate ſine aliqua conventione eidem adminiſtrationem concedit, maritus jam fundatam intentionem habet. Qualitas receptitiorum der Spilleſ (non Spiele) Gelder/ (a voce Spill ſive Spindel/) itidem ex peculiari conventione dependet & ſic probanda.

Ceterum quando jure Saxonico dicitur, maritum eſſe heredem mobiliarem uxoris, nulla eſt differentia, ſive bona ſint dotalia, ſive paraphernalia, ſive receptitia.

DI-

DISTINCTIO V.

Inter *Donationem propter nuptias* & *Dotalitium.*

NOn reperi quidem, quantitatem alterutrius ullibi in Legibus determinatam, ſed hoc potius beneplacito contrahentium relictum fuiſſe; interim tamen moribus communiter fere introductum eſt, *quod dotalitium donationem propter nuptias altero tanto ſuperet.* Hinc donatio propter nuptias communiter *duplicatas* dotis uſuras continet, ſed in dotalitio tot reditus uxori adſignantur, quæ *quadruplicatas* dotis uſuras exæquant, unde ſi uxor 4000. thal. infert, dotalitii loco ipſi tantæ uſuræ adjudicantur, quæ alias ex ſorte 16000. thal. percipiuntur, eine Frau die 4000. Rthl. einbringet/wird auff 16000. verleibdinget/ & per conſequens 120. pro 100. ſolvuntur, Hartm. Piſtor. *P. 1. qu. 4. num. 1.* Carpzov. *P. 2. c. 42. Def. 7.* Henel. *de dotalit. c. 6. §. 10.* Illuſtr. Dn. Stryk. *caut. contr. ſect. 3. c. 18. §. 34. & in tr. de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 4. c. 2. §. 14.*

In *Donatione propter nuptias* uxor ſæpius proprietatem conſequitur mortuo marito; ſed in *dotalitio* uſumfructum ſolummodo, unde de hoc diſponere ipſi non eſt permiſſum, bene tamen de illa.

Donatio propter nuptias fit in remunerationem: *dotalitium* autem in compenſationem dotis,

dotis, unde hoc abſorbet dotem, non autem illa.

Intuitu *donationis propter nuptias* uxor tacita gaudet hypotheca, *l. 12. §. 2. C. qui pot. in pign.* (ubi ratio diverſitatis inter dotem & donationem p. n. adducitur) aſt *dotalitium*, quia Dotem abſorbet & ſic in locum dotis ſurrogatur, eodem gaudet privilegio, quod doti competit, v. Mev. *P. 1. Deciſ. 173.*

Poſſes denique & hoc addere, quod *donatio p. n.* communiter ab hominibus civici ordinis, *dotalitium* autem à Nobilibus & Illuſtribus conſtituatur; verum hoc univerſale non eſt.

Lib. XXIII. Tit. IV.
De Pactis Dotalibus.

DIST. I.

Inter Pacta dotalia *per modum contractus* (*ſimplicia*) & *per modum ultimæ voluntatis* facta (*mixta*.)

P*riora* non requirunt teſtes, niſi ad meliorem probationem, inſtar aliarum conventionum, in *poſterioribus* autem quinque teſtes neceſſario præſentes eſſe debent, ita ut iis deficientibus actus ipſo jure nullus habeatur, *v. l. f. ff. de jur. dot. l. f. C. de mort. cauſ. donat.*

Priora

Priora ſunt irrevocabilia, *poſteriora* autem pro lubitu tam a marito, quam ab uxore mutari poſſunt. Unde caute agit maritus, cui uxor magnam bonorum ſuorum partem adſignat, ſi pacta dotalia per modum contractus celebrari curat, v. Kohl *de Pact. dot. p. 1. n. 1. ſeqq.*

Ne tamen putes, ſtatim eſſe Pacta dotalia per modum ultimæ voluntatis confecta, ubi quinque teſtes præſentes fuerunt, ſed reſpiciendum præterea quam maxime ad formalia, quibus paciſcentes uſi fuerunt. Quod ſi enim dixerint, v. g. es ſoll der überlebende Ehegatte alle Güter behalten/ haben/ bekommen/ hinnehmen/ &c. tunc erunt pacta *ſimplicia*; quod ſi dixerint: erben/ ſuccediren/ ſunt *mixta* pacta, Illuſtr. Dn. Stryk. *Caut. contr. ſect. 3. c. 8.* §. *21.* Vocabula ſcilicet nonnulla naturam actuum inter vivos, nonnulla ultimarum voluntatum indolem magis exprimunt, quæ propterea ſollicite ſeligenda.

LIB. XXIV. TIT. II.
De Divortiis & Repudiis.

DISTINCTIO I.
Inter *Divortium* & *Repudium*.

Quam-

QUamvis vocabulum *repudii* non abſurde etiam in perſonam uxoris cadat juxta *l. 101. §. 1. ff. de V. S.* proprie tamen de eo caſu accipitur, quando *futurum matrimonium* repudiatur: id eſt, quando desponſati à contractu ſponſalitio iterum recedunt: *divortium* vero ad conjuges pertinet, exinde dictum, quia in diverſas partes eunt conjuges, qui diſcedunt, *v. d. l. 101. §. 1. & l. 191. ff. de V. S.*

Uſus in eo conſiſtit, ne de terminis litigemus. *Repudium* ex diverſis cauſis conceditur, quoties ſcilicet Judex ex circumſtantiis deprehendit, fundamentum matrimonii, amorem ſcilicet infucatum, non adeſſe in deſponſatis, neque eundem omnibus ſvaſionibus adhibitis iterum reſtaurari poſſe, quo pertinent inimicitiæ capitales, deformitas inſignis ſuperveniens, item ſi ſponſa reſciſcat, ſponſum antea lue gallica infectum fuiſſe, vel adhuc infectum eſſe, &c. conf. Mevius *P. 6. Dec. 225. & 226.* Non ita vero, poſtquam conſummatio matrimonii, ipſa unitas carnis, acceſſit. Tunc enim *divortium* non niſi ex duabus cauſis permittitur, propter adulterium ſcilicet atque malitioſam deſertionem, v. *Matth. 5. v. 32. & c. 19. v. 9. 1. Corinth. 7. v. 11.* Scio quidem adhuc disceptare DD. utrum ſub voce: *πορνεία*, qua utitur Chriſtus, ſolum delictum concubitus illiciti intelligatur, & annon per illam vocem

etiam

etiam alia delicta majora indigitentur, quæ alias in S. Scriptura ſub voce fornicationis venire ſolent, v. Selden. *Uxor. Hebraic. l 3. c. 28. &* 31. Weſenbec. *Parat. ff. h. t. num. 11.* Scio etiam nonnullos ex noſtratibus, & in ſpecie Strauchium *inſtit. jur. publ. lib. 1. tit. 35.* ſtatuiſſe, quod adhuc hodie Principes plures, quam duas illas divortiorum cauſas permittere posſint, neque eam ſententiam infringere conabor; ſed ſcio tamen, illud hactenus factum non eſſe, me autem in præſenti illud ſolum adferre debere, quod jam actu in praxi obtinet.

DISTINCTIO II.

Inter *Divortium* & *declarationem nullitatis*.

D*Ivortium* ſupponit, matrimonium *ab initio validum* fuiſſe, & illud ex cauſa *ſupervenіente* ſolum reſcindi, & hoc non obtinet, niſi in duobus caſibus modo adlatis: Aſt *in declaratione nullitatis* ne quidem ab initio validitas adfuit, ſed vitium conſenſum matrimonialem *ſtatim* impediens, v. g. metus, dolus, (quo etiam errorem in virginitate refero,) impotentia, &c. Et quoad hanc declarationem matrimonium nihil peculiare præ reliquis contractibus habet, ſed quæ his obſtant, ea quoque illud annullare ſolent, v. Weſenbec. *Parat. ff. h. t. in fin.*

Uſus

Uſus præcipue in hoc conſiſtit: Si divortium adeſt & quidem propter adulterium, maritus dotem lucratur: ſi nullum declaratur, v. g. propter errorem in virginitate, tunc nihil lucratur, v. Carpzov. *Jpr. Conſiſt. l. 2. Def. 199.*

LIB. XXV. TIT. I.

De Impenſis in res dotales factis.

DISTINCTIO I.

Inter Impenſas *neceſſarias, utiles, voluptuarias & delicatas.*

IMpenſæ *neceſſariæ* (ita dictæ, quod ad conſervationem rei neceſſario requirantur, & quod ſine iis res periiſſet *v. l. 1. ſeqq. ff. de impenſ. in res dot. fact.*) cuilibet poſſeſſori reſtituuntur, ſive in b. ſive m. f. ſit conſtitutus, *l. 38. ff. de hered. petit.* Ne quidem *prædonem* in *d. l.* excipit Paulus. Interim cum non pauca loca ſint, quæ contrarium aſſerere videntur, ut §. *30. J. de R. D. l. 7. §. pen. ff. de A. R. D.* Interpretes eo confugiunt, ut ea de jure ſtricto, citatam *l. 38.* autem de æquitate intelligant, moti verbis ipſius Pauli: *Prædo autem de ſe queri debeat, qui ſciens in rem alienam impendit. Sed benignius eſt, in hujus quoque perſona haberi rationem impenſarum,* v. quæ fuſe hic adducit

 Dion.

Dion. Gothofred. *in not. ad d. l. 38.* (confer jam *Doctrin. ff. tit. de hered. petit.* §. *VII.*) Diſtinctionem Coſtæ *de jur. & fact. ignor. diſtinct. 34. num. 22. utrum m. f. poſſeſſor in opus jam exiſtens aliquid impenderit, an vero opus plane novum adgreſſus fuerit*, apud Brunnem. *Comm. ad d. l. 38. num. 1.* nulli fundamento ſuperſtructam eſſe cenſemus, mala enim fides utroque caſu idem odium meretur ſine dubio.

Hoc tamen addendum erit, quod b. f. poſſeſſor impenſas haſce repetat, licet res meliorata deinde abſque ejus culpa iterum perierit, e contrario autem m. f. poſſeſſori jus repetendi tunc demum competat, ſi melioratio adhuc revera exiſtit, *d. l. 38. ff. de hered. petit.*

De impenſis *utilibus* ita tene: Bonæ fidei poſſeſſor easdem repetit, cum diſtinctione tamen & juxta diverſam *perſonarum* atque *cauſarum* conſiderationem in *l. 38. ff. de R. V.* indigitatam. Quod ſi enim dominus *easdem impenſas facturus fuiſſet*, ad reſtitutionem obligatur eousque, quo pretioſior factus eſt fundus. Quod ſi vero dominus *pauper ſit*, qui, ſi reddere id cogatur, laribus, ſepulchris avitis carendum habeat, b. f. poſſeſſor meliorationes factas tollit, modo ita fieri queat, ne deterior ſit fundus, quam ſi initio non fuiſſet ædificatum. Sed etſi tollere vult b. f. poſſeſſor, quod ſi tamen paratus eſt dominus tantum dare, quantum habiturus eſt poſſeſſor his rebus ablatis, hoc ipſi conceditur, &c. Singulare

lare quid in dote occurrit, quod maritus ſcilicet ob impenſas utiles non habeat jus retentionis; *l. un.* § 5. *C. de R. U. A.* Sed actionem mandati, vel negotiorum geſtorum. Malæ fidei poſſeſſor has meliorationes nunquam repetit, ſed ſemper tollit, vid. Struv. *Ex. 11. th. 33.* ſuppoſito iterum, modo ita tollere poſſit, ne fiat deterior fundus, quam antea quidem fuit.

Voluptuarias denique impenſas tam b. quam m. f. poſſeſſor ſolummodo tollit, cum modo adlata tamen limitatione. Et hanc aſſertionem quoad m. f. poſſeſſorem ex ipſa *l. 39. §. 1. ff. de hered. petit.* ſtabiliri poſſe putamus, quam tamen alias nonnulli tanquam obſtantem objiciunt. Nobis hæc pro modo inſtituti noſtri adduxiſſe ſufficiat. Plura videri poſſunt apud Struv. *cit. Exerc. 11. th. 34. ſeqq.* & apud Autores ab eodem allegatos.

Delicata impenſæ vocantur, quæ ex parte ſunt utiles, ex parte autem voluptuariæ. Quod ſi ergo utilitas prævaleat, idem prædicatum illis tribuendum erit, quod utilibus impenſis tribuimus, *v. l. 10. ff. h. t.* ſin vero voluptas prævalet, in voluptuariarum quoque claſſem referendæ erunt.

DISTINCTIO II.
Inter impenſas *modicas* & *magnas*.

M*Agna* vocantur, quæ *perpetuam*, *modica* autem, quæ *præſentaneam* ſolum rei conſer-

vationem reſpiciunt, quod Germani efferunt, was zum Dach und Fach gehöret.

Uſus diſtinctionis tunc deprehenditur, *ſi quis utilitatem ex rebus alienis gratis percipit.* Ita *uſufructuarius* ſarta tecta habere & modicam refectionem ſuſcipere debet, ea autem, quæ vetuſtate plane corruerunt, reficere non cogitur, *l. 7. §. 2. ff. de uſufr.* Ita *Commodatarius* impenſas cibariorum, valetudinis aliasque modicas in rem commodatam factas à commodante non recuperat, *l. 18. §. 2. ff. commodati.* Sic, ſi *Maritus* impenſas in res dotales factas repetit, modicæ in ædificandis ædibus & in reponendis propagandisque vineis & in valetudine mancipiorum erogatæ non curantur, *l. 12. ff. h. t.* Idem in Saxonia quoad *miniſtros eccleſiæ* obtinet, qui ædes parochiales ſartas tectas conſervare tenentur, Carpzov. *Jpr. Eccleſ. l. 2. Def. 352.* Speciale quid eſt, quod Pater, qui uſumfructum peculii adventitii habet, non ſolum ad modicas, ſed ad magnas etiam teneatur, Garſias *de Expenſ. c. 11. n. 5. ſeqq.*

Dixi autem, eum ad modicas impenſas obſtrictum eſſe, qui utilitatem ex rebus alienis *gratis* percipit. Aliud ergo, *ſi fructus quis titulo oneroſo conſequitur, v. g. conductor.* Hic enim omnes expenſas, ſive ſint modicæ, ſive magnæ, à Locatore recipit, v. g. quod pro ſoleis ferreis, vel pro curatione equi dedit, Garſias *d. tr. c. 14. num. 10.* Caroc. *de Locat. p. 4. qu. 40.* Lauterbach. *ad tit. Locat. cond.* quo etiam illud

lud refero, quod pro pabulo expenditur, vid. Illuſtr. Stryk. *not. ad Lauterb. tit. Locat. verb. Curationem.* Quia enim Locator percipiendo mercedem emolumentum ex re habet, hinc quoque incommoda ferat neceſſum eſt.

Lib. XXVI. Tit. I.
De Tutelis.

DISTINCTIO I.
Inter Tutelam *teſtamentariam*, *legitimam* & *dativam*.

Quod cauſa efficiente differant hæ tres ſpecies, illud exigui momenti eſt & nec jure Romano uſum practicum conſtituebat. At vero apud Romanos in eo uſus ſeſe exſerebat (1.) *quod Tutores teſtamentarii & legitimi confirmatione judiciali non indigebant*, ſed teſtamentarii, autoritate ſolius teſtamenti, legitimi autem vi agnationis tutelæ adminiſtrationem in ſe ſuſcipiebant, *arg. pr. J. de Attil. Tut.* (2.) *quod a teſtamentariis nulla ſatisdatio exigebatur*, *pr. J. de ſatisdat. Tut*, ſed iſta quidem apud nos hodie ceſſant, poſtquam enim per *Ordin. Polit. de A. 1577. tit. 32.* omnes ſatisdare tenentur, omnes quoque confirmatione judicis opus habent, cujuscunque generis ſint.

Hodie ergo nullum uſum habet adlata diſtinctio, niſi, quod Magiſtratus eum, quem Pater in teſtamento nominavit, nec non hoc deficiente legitimum, ante omnes alios extraneos confirmare obſtrictus ſit. Nec non, quod nominatio Tutoris in teſtamento adhuc ſub conditione, vel in diem & ſic confirmatio Magiſtratus eodem modo fieri poſſit, quod ſecus eſt, ſi Magiſtratus ex proprio arbitrio Tutelam alicui demandat, §. *8. J. qui teſt. tut. dar. poſſ. l. 6.* §. *1. ff. de Tutel.* & de tutoribus à Magiſtratu ita conſtitutis intelligenda eſt *l. 77. ff. de R. J.*

DISTINCTIO II.

Inter Tutelam teſtamentariam *ſimplicem* & *confirmatam.*

TUtela *ſimplex* dicebatur, quam Pater intuitu liberorum *in poteſtate patria exiſtentium* conſtituerat, §. *3. J. de Tutel.* & quidem in teſtamento perfecto, aut codicillis teſtamento confirmatis: *Confirmata* autem, quando vel in teſtatore patria poteſtas deficiebat, v. g. ſi pater filio emancipato, vel mater liberis tutorem dederat; vel, ſi teſtamentum non erat ſolenne v. g. codicilli per teſtamentum non confirmati, v. Struv. *S. I. C. Exerc. 31. th. 17.*

Uſus in foro Romano erat, quod prior confirmatione Magiſtratus haud indigebat, bene tamen poſterior, *l. 1. pr. &* §. *1. in f. ff.* de

de confirm. Tut. vel Cur. l. 7. §. 1. eod. Struv. *loc. cit.* Verum enim vero cum ad *diſt. prae.* jam monuerimus, hodie omnes Tutores confirmandos eſſe; exinde patet, adlatæ diſtinctionis nullum apud nos hodie in praxi uſum ſupereſſe.

DISTINCT. III.

Inter Tutorem *adminiſtrantem*, *honorarium* & *notitiæ cauſa datum*.

Ille, qui *adminiſtrationis gratia* conſtituitur, ſimpliciter Tutor vocari conſvevit & ergo voce *Tutoris* abſolute poſita, in dubio intelligitur.

Honorarius Tutor eſt inſpector reliquorum, ſeu, ut *in l. 3. §. 2. ff. de admin. Tut.* dicitur, obſervator actuum Tutoris adminiſtrantis & cuſtos.

Tutori *notitiæ cauſa* dato nihil amplius incumbit, quam ut reliquos Tutores de adminiſtratione prudenter ſuſcipienda informet, *l. 14. §. 6. ff. de ſolut. add. eand. §. 1.*

Uſus diſtinctionis in eo conſiſtit: ſi pupillus à Tutoribus læſus ſit, *primo* quidem conveniuntur Tutores adminiſtrantes: quod ſi tamen hi eorumque heredes & fidejuſſores non ſint ſolvendo, honorarii *deinde* ad reparandum damnum tenentur, imputatur enim iisdem, cur, ſi male Tutorem adminiſtrantem converſari videbant, ſuſpectum eum non fe-

cerunt, prout loquitur Ulpianus in *l. 3. §. 2. ff. de adminiſtr. Tut.* & ibi omnino Brunnem. *in Commentar.* Aſt ille, qui notitiæ cauſa datus, conveniri nequit, niſi forſan in conſilio dando dolum malum adhibuerit, quod ex principiis de obligatione conſilii facile deducitur.

Porro *Tutor adminiſtrans* indiſtincte autoritatem ſuam in negotiis pupillorum interponere valet; circa *honorarium* autem diſtinguendum eſt. Aut agitur principaliter *de patrimonio pupilli diminuendo & re pupilli in alium transferenda*, v. g. ſi res pupilli venditur, permutatur, &c. & tunc tutoris honorarii autoritas non ſufficit, de quo caſu loquitur *l. 4. ff. de autor. & conſ. Tut.* Vel e converſo *principaliter de acquirendo agitur & per conſequentiam ſolum de pupillo obligando*, v. g. ſi pupillus hereditatem adit, & tunc etiam tutor honorarius autoritatem ſuam valide interponit, quo pertinet *l. 49. ff. de acqu. vel omitt. hered.* Hæc conciliatio *alleg. LL.* Brunnemanni *ad d. l. 49.* præferenda eſſe videtur illi, quam habet Gothofred. *ad cit. l. 4. ff. de autor. & conſenſ.* vid. Hilliger *ad Donell. l. 7. c. 9. lit. C.* Wiſſenbach *ad ff. Diſp. 51. th. 12.*

Eandem diſtinctionem intuitu Tutoris *notitiæ cauſa dati* adhibendam eſſe puto, ob verba generalia *l. 49. ff. de acqu. vel omitt. hered. Pupillum etiam eo Tutore autore, qui Tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari.* In qua ſententia eo magis confirmor, dum in *l. 14. §. 6. ff. de*

ff. de ſolut. dicitur, *liberationem etiam contingere, quamvis quis Tutori notitiæ cauſa dato ſolverit, modo ei ſolvi prohibitum non fuerit.*

DISTINCTIO IV.

Inter *infantes* & *impuberes* in ſpecie dictos.

INfantes, (qui tales dicuntur usque ad completionem anni ſeptimi, *l. 18. pr. C. de jur. delib.* tam maſculi, quam fœminæ) nihil omnino contribuunt in negotiis civilibus, unde etiam Tutor durante infantia *non autoritatem interponit*, ſed *ſolus* nomine pupilli *adminiſtrat*; poſt infantiam autem demum autoritatem interponere dicitur, quamvis & tunc ſolus adminiſtrare poſſit, ſi velit, v. Lauterbach *addit. de adminiſtr. Tut.*

Hæc theoretica ſaltem ſunt, cum unus idemque ſit effectus eademque obligatio, ſive adminiſtraverit Tutor, ſive autoritatem interpoſuerit. Interim hoc quoad uſum practicum notari meretur, quod infantes nunquam puniri poſſint propter admiſſa delicta, v. quos maximo cumulo allegat Carpz. *Pr. Crim. qu. 143. n. 10.* niſi, quod ſi Judex aliqualem malitiam & doli capacitatem in iis deprehendat, virgis caſtigari queant ab hominibus nulla macula laborantibus, quo pertinet Reſponſum Scabinorum Lipſienſium apud d. Carpzov. *l. c. num. 20.* ibi: So wird C. S. ſolcher ſeiner

Verbrechung wegen mit Ruthen ziemlicher maſſen gezüchtiget / und wann ſolches geſchehen / mag ferner wieder ihn nichts fürgenommen werden ; at vero illi, qui infantiam jam egreſſi ſunt, interdum pœnæ omnino ſubjici poſſunt, prout ad *ſeq. Diſt.* mox dicetur. Poſſes hoc quoque addere, quod *infans* ne quidem in mere favorabilibus promiſſionem acceptare queat, Illuſtr. Stryk. *Caut. Contr. ſect. 1. c. 2. §. 6.* quod tamen poſſunt impuberes.

Sic quoque ſtuprum *infanti* illatum pro violento reputatur & capitaliter punitur, licet ille conſenſerit, Carpzov. *Pr. Crim. qu. 69. n. 41.* ſecus in *impubere.*

DISTINCTIO V.

Inter *Infantiæ proximos* & *pubertati proximos.*

HAs ætates ita diſcernendas eſſe exiſtimant nonnulli, ut *pubertati proximi* dicantur, qui decimum annum & dimidium impleverunt, *gloſſ. in §. ſed quod diximus. 10. verb. Infantia. J. de inutil. ſtipul.* Bartol. *in l. 1. n. 6. ff. de novat.* Alii, ſi intra annum & ſemeſtre pubertatem aſſequuntur, Cujac. *l. 17. Obſ. 4. in f.* Aut, ſi ad puberem ætatem ſex menſes tantummodo deſunt, Bald. *ad l. 14. ff. ad Sc. ſan.* Veriorem tamen eorum ſententiam eſſe exiſtimat Carpzov. *l. cit. num. 33.* qui Judicis arbitrio committunt, qua ætate proprie dicatur pubertati

pro-

proximus, ut ſcilicet Judex inſpecta impuberis diſcretione aliisque circumſtantiis probe perpenſis hac de re judicium ferat, quamvis ſubjungat, interpretes communiter utrumque, pluralitatem ſcilicet annorum & malitiam, conjunctim requirere, quam quoque ſententiam nos præferendam eſſe ducimus, ex illo fundamento, quod *utplurimum* malitia tunc demum adeſſe ſoleat, ſi pluralitas annorum adeſt. Ergo dividendos eſſe cenſemus eos ſeptem annos, ab octavo ſcilicet usque ad decimum quartum, ut una dimidia ad proximitatem infantiæ, altera autem ad pubertatis proximitatem referatur.

Uſus in eo conſiſtit; *Infantiæ proximi* non aliter conſiderantur, quam ipſi infantes, de quibus ad *diſt. præc.* diximus, & ſic per conſequens non puniuntur. Aliud in *pubertati proximis*. Hi enim, ſi malitia ætatem ſupplet, pœna omnino affici poſſunt, & ſi delictum valde eſt atrox & maxima in delinquente impubere deprehenditur malitia, pœnæ quoque ordinariæ locus erit, v. Carpz. *d. qu. 143. num. 35. ſeqq.*

DISTINCTIO VI.

Inter *Impuberes* & *minorennes*.

VOcabulum *minorennium* dupliciter ſumitur, (1.) *late* ut etiam impuberes ſub ſe comprehendat, prout accipitur in *tit. ff. de minor.*

25. ann. (2.) *ſtricte*, ut impuberibus opponatur, & hic poſterior ſignificatus in præſenti ad nos pertinet.

Longe diverſa autem eſt ratio *impuberum* & *minorennium* quoad effectum juris.

Impuberes inviti etiam tutores recipere tenentur, ob maximam judicii imbecillitatem; non autem *minores* de jure Romano regulariter, niſi ad litem, *§. 2. J. de Curat.* quamvis hodie aliud per *Reform. Polit. de A. 1577. tit. 32.*

Impuberes abſque Tutorum autoritate promittentes plane non obligantur & ſic reſtitutione in integrum non indigent, ſed ipſo jure tuti ſunt: aliud in *minoribus*, *v. l. 101. ff. de V. O.* quæ tamen ex *l. 3. C. de in integr. reſt. min. 25. ann.* ad eum caſum reſtringenda videtur, *ſi minor Curatorem non habet.*

Impuberes teſtamentum condere non poſſunt, *§. 1. J. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* bene tamen *minores*, *l. 4. C. eod.*

Impuberes regulariter doli non ſunt capaces & propterea etiam non puniuntur, prout ad *diſt. præced.* monitum fuit; aliud in *minorennibus*, quippe qui regulariter à dolo & pœna non excuſantur, v. *Conſtit. Crimin. art. 164.* Carpzov. *qu. 147. num. 59. ſeqq.* Struv. *S. I. C. Exerc. 48. th. 11.*

Impuberes ſponſalia contrahentes firmiter non obligantur, ſed adepta pubertate ab iisdem licite iterum recedere poſſunt, etiamſi alter pubertatem nondum ſit aſſecurus, *c. 8.*

X. de

X. de deſponſ. impub. Guttierez. *de matrimon. c. 29. num. 2.* Brunnemann. *de jur. eccleſ. l. 2. c. 16. §. 11.* Aliud in *minoribus*, qui etiam abſque Curatorum & agnatorum conſenſu valide ſe deſpondent, Carpzov. *Juriſpr. Conſiſt. lib. 2. Def. 46.* Struv. *Ex. 29. th. 23.*

Minores ad juramenta admittuntur & præſtito juramento ſuper contractu aliquo beneficio reſtitutionis non gaudent, per *Auth. Sacramenta puberum. C. Si adverſ. vendit.* Aliud in *impuberibus*, *v. l. 34. §. 2. ff. de jurejur.*

Impubes judicis perſonam neutiquam ſuſtinere poteſt, bene tamen interdum *minorennis*, ſi Principi hoc ita placuerit. Ubi notandum eſt, Leges Romanas, quæ de ætate Judicis *pedanei* loquuntur, admodum impertinenter allegari in Compendiis noſtris ad determinandam hodiernorum Judicum à Principe conſtitutorum legitimam ætatem. Partes enim, quæ tunc eligebant tales Judices, ad numerum annorum in Legibus præſcriptum adſtricti utique erant; ſed Princeps ſummus non item, conf. hic *Doctr. ff. tit. de judic. §. IX.*

LIB.

LIB. XXVI. TIT. II. & III.
De Teſtamentaria Tutela,
&
De confirmando Tutore, vel Curatore.

SUb hiſce Titulis occurrit diſtinctio inter *tutelam teſtamentariam ſimplicem* & *confirmatam*, de qua nos jam *ad tit. præc. diſt. II.* noſtram mentem aperuimus.

Altera quoque diſtinctio inter confirmationem *cum inquiſitione* & *cum ſatisdatione* hodie applicari amplius non poteſt. Profluebat nempe illa ex diverſitate Magiſtratuum apud Romanos, dum magiſtratus ſuperior cum inquiſitione, inferior autem cum ſatisdatione Tutores confirmabat, *v. l. 2. & l. 5. ff. de confirm. Tut. vel Curat.* Sed quis ignorat, argumentum a Magiſtratibus Romanis ad noſtros hodiernos plane non procedere. Imo potius *Ord. Polit. de A. 1577. tit. 32.* von den Pupillen und Minder-Jährigen, ab omnibus Tutoribus ſatisdationem exigit, ſine diſtinctione inter confirmationem a ſuperiore, vel inferiore Magiſtratu factam.

Idem judicium eſto de diſtinctione, utrum Tutor *cum* vel *ſine inquiſitione* confirmatus fuerit. Confirmabatur ſcilicet ſine inquiſitione, quoties pater eum dederat, ſi autem alius aliquis,

quis, cum inquiſitione, *v. l. 1. §. 2. ff. de confirm. Tutor.* Hodie confirmatio non valet, ſive cum, ſive ſine inquiſitione facta fuerit, ſed adhuc majus aliquid, ſatisdatio ſcilicet, requiritur.

LIB. XXVI. TIT. VI.
De Legitimis Tutoribus.

DISTINCTIO I.
Inter Tutelam legitimam *ordinariam* (ſive *regularem*) & *extraordinariam* (ſive *irregularem.*)

ORdinaria ſive *regularis* vocatur, quæ defertur a Lege proximis pupilli cognatis, juxta ſucceſsionis ordinem. Quicunque enim ſpem proximam & certam habet emolumentum conſequendi ex hereditate pupilli, ſi is intra pubertatem deceſſerit, ille quoque onus tutelæ in ſe ſuſcipere adſtringitur. Unde ſimul patet, cur non detur cura legitima, quia ſcilicet cognati poſtquam pupillus pubertatem adeptus eſt & ſic facultate teſtandi gaudet, ſpem *certam* ſuccedendi non amplius habent, exceptis furioſorum & prodigorum cognatis, nec non in cauſis feudalibus.

Extraordinaria ſive *irregularis* eſt, quæ matri,

tri, vel aviæ defertur ex *Nov. 118. c. 5.* ubi nonnullæ quæſtiones moveri ſolent, *an & quibus præferatur mater vel avia?* Ad diſtinctum conceptum formandum ſequentes caſus ſeparandi erunt. *Aut mater cum avia concurrit*, & tunc res dubio caret, matrem præferendam eſſe, quia mater in ſucceſſione proxima eſt. *Aut mater concurrit cum avo, ſive paterno, ſive materno*, & tunc, quamvis Struvius & Carpzovius diſſentiant, idem tamen ex eadem ratione aſſerendum eſſe putamus propter verba *Novellæ 118. c. 5. ſecundum hereditatis ordinem*, v. *Compend. noſtr. Novell. cit. nov.* Carpzovius *P. 2. c. 11. Def. 13.* excipit quidem, eo caſu, ubi mater cum avo paterno concurrit, nulla plane tutela opus eſſe; quia nepos eſt in poteſtate illius avi; ſed cum hoc hodie rarius fiat, ratio etiam Carpzovii parum ſtringere videtur. Porro: *aut avia concurrit cum avo*, & tunc puto, avum aviæ præferri debere ob præſtantiam ſexus, quam toties reſpicere videntur leges, quoties perſonæ concurrentes ratione ſucceſſionis eodem jure gaudent. *Aut* denique *avia paterna cum avia materna concurrit*, & tunc utraque admittenda erit, quia & ratione juris ſuccedendi & ratione ſexus ſunt æquales.

Quoad uſum diſtinctionis hæc breviter nota: In tutela legitima *ordinaria* cognati *inviti* etiam coguntur, niſi excuſatione aliqua in legibus adprobata inſtructi ſint; aſt in *extraordinaria* matris & aviæ *arbitrio reliquerunt leges*,

ges, an in ſe recipere velint onus tutelæ, annon, vid. Carpzov. *d. P. 2. C. 11. Def. 11. num. 13. 14.*

Deinde hoc etiam ſpeciale quid eſt, quod mater & avia ad tutelam *extraordinariam* admittantur, quamvis ſint pupillorum debitrices, aut creditrices, *Nov. 94. c. 2.* quod ſecus in *ordinaria*, propter *Nov. 72.*

Mater, vel avia, ſi poſt ſuſceptam tutelam matrimonium init, tutelam deponere tenetur, per *Nov. 94. c. 2.* aliud ſi cognatus aliquis uxorem ſuperinducit.

LIB. XXVI. TIT. VII.

De Adminiſtratione & periculo Tutorum & Curatorum, qui geſſerint, vel non, & de agentibus, vel conveniendis, uno vel pluribus.

DISTINCTIO I.

Inter *Adminiſtrationem* & *autoritatem* Tutorum.

DE hac diſtinctione jam ſupra diximus ad *tit. de Tutelis Diſt. IV.* Hoc faltem in præſenti addimus, quod quando quis cum Tutore *adminiſtrante* contrahit,

 verba

verba ita concipi debeant: Es verkaufft der Vormund Titius im Nahmen seines Pfleg-Befohlenen/ & in judicialibus: Es erscheinet Tutor im Nahmen seines Pfleg-Befohlenen: Si autem cum Tutore *autoritatem interponente,* in hunc modum: Es verkaufft Mevius mit Beystand und Vollwort seines Vormundes Titii, & in judicialibus: Es erscheinet Kläger in aſſiſtentz seines Vormundes/ vel: Es erscheinet Tutor in Vormundschafft des Mevii. Exinde enim tunc apparet, an Pupillus aliquo modo concurrat in contractu, utrum vero Tutor omnia ſolus expediat, vid. Illuſtr. Dn. Stryk. *de Caut. contr. ſect. 1. Cap. 2. §. 3.*

DISTINCTIO II.

Inter diviſionem adminiſtrationis *à teſtatore, Judice* & *ipſis Tutoribus* factam.

USus in decidenda quæſtione conſpicitur: *utrum ex Contutoribus alter propter alterius malam adminiſtrationem pupillo ad intereſſe obligetur?* Hic nempe reſpondetur: Si diviſio tutelæ facta *à teſtatore*, tunc alter pro altero plane non obligatur, niſi forſan viderit, alterum in rebus pupilli male verſari & tamen eundem juſto tempore non poſtulaverit ſuſpectum, *l. 2. C. de dividend. Tutel.* Eadem eſt deciſio in *d. l.* ſi diviſio *à Judice* facta fuit.

Sed

Sed ſi *ipſi Tutores* inter ſe dividunt Tutelam, hæc diviſio pupillo non præjudicat. Poteſt enim adoleſcens unum ex his in ſolidum convenire, ita ut actiones, quas adverſus alios habet, ad electum transferat, *d. l. 2.* Concedunt tamen DD. communiter beneficium excusſionis, ſive ordinis, quod intelligo, niſi ceteri quoque negligentiam & culpam in omisſione poſtulationis ſuſpecti Tutoris admiſerint, & Tutor gerens pupillum ſimiliter per culpam ſolum læſerit, tunc enim in pari gradu obligationis conſtituti eſſent.

LIB. XXVI. TIT. IIX.

De Autoritate & Conſenſu Tutorum & Curatorum.

DIST. I.

Inter *Autoritatem* & *Conſenſum.*

Differentia apud Romanos in eo conſiſtebat, quod *autoritas* (quam Tutores præſtant) ſtatim *ab initio* contractus, ſive in continenti, id eſt, antequam ad alia negotia digrediuntur partes contrahentes, interponi debebat, poſt tempus enim, vel per Epiſtolam, aut per nuntium interpoſita autoritas nihil agebat, prout habet §. 2. *J. de autor.*

Tut. *Conſenſus* autem (qui a Curatore requiritur) etiam *ex intervallo* accedere poterat. Rationem diverſitatis ſuppeditant, quia autoritas Tutoris *ad integrandam perſonam pupilli*, conſenſus Curatoris autem *ad ſupplendam diſponendi facultatem* requiritur. Seu clarius, quia in impubere admodum imbecille eſt judicium, ut parum, vel nihil, ad perficiendum negotium contribuere queat, minorennis vero majori judicio diſcretivo jamdum gaudet. Hæc ita apud Romanos. Verum enim vero poſtquam DD. noſtri communiter aſſerunt, quod hodie autoritas ex intervallo etiam a Tutore interponi poſſit, modo exactam notitiam eorum habeat, quæ a pupillo peracta fuerunt, vid. Struv. *S. I. C. Exerc.* 31. *th.* 42. *in f.* & quem allegat Perez. *ad tit. C. de autor. & conſenſ. tut. num.* 9. Hoppius *Exam. J. de autor. Tut. qu.* 12. Brunnemann. *Exercit. J. de tit.* hinc adducta differentia hodie apud nos exiguæ, vel nullius potius utilitatis erit.

LIB.

Lib. XXVII. Tit. I.

De Excuſationibus.

DIST. I.

Inter Excuſationem *neceſſariam* & *voluntariam*.

NEceſſarium vocant, quando quis ne volens quidem admittitur ad tutelam, vel quod pupillo exinde damnum immineat, v. g. ſi minorennis, inimicus, prodigus &c. tutor eſſe vellet, vel ipſi etiam Reipublicæ, v. g. ſi miles tutelam adfectaret, & hæc proinde melius *probibitio*, quam *excuſatio* dici meretur.

Voluntaria e contrario dicitur, quando quis, ſi vellet, omnino ad tutelam admitteretur, & hæc proprie eſt excuſatio.

Neceſſaria non ſolum a ſuſcipienda, ſed a ſuſcepta etiam tutela excuſat; ſed *voluntaria* a ſuſcipienda ſaltem. Eo ipſo enim dum aliquis excuſationem propter privatum ſuum favorem ſibi competentem allegare ſcienter omiſit, juri ſuo renunciaſſe cenſetur, ad renunciata autem regreſſus non datur.

LIB. XXVII. TIT. III.

De Tutelæ & rationibus diſtrahendis & utili Curationis cauſa actione.

DISTINCTIO I.

Inter actionem *tutelæ* (ſeu *de rationibus reddendis*) & *de rationibus diſtrahendis*.

PRior oritur ex quaſi contractu, *poſterior* ex delicto. *Illa* datur ad damni illati reparationem & ſic ad ſimplum ſaltem; *hæc* autem ad duplum, quod rei perſecutionem continet, *l. 2. §. 2. ff. h. t.* Hæc differentia hodie ſine dubio ceſſat, cum actiones pœnales ad duplum, triplum, quadruplum, in foris Germaniæ non fuerint receptæ. Manet tamen alia, quod ſcilicet *prior* etiam contra heredes competat, *poſterior* non item *l. 1. §. 23. ff. eod.* quamvis, cum per actionem tutelæ adverſus heredes inſtitutam *ratione perſecutionis rei* idem obtineamus, quod per actionem de rationibus diſtrahendis, & præterea utraque actio hoc reſpectu elective concurrat, vid. Lauterbach. *h. t. circ. f.* hæc quoque obſervatio parum utilitatis habere videatur,

deatur, præcipue cum nomen actionis in libellis noſtris exprimere non teneamur.

Lib. XXVII. Tit. V. & VI.

De eo, qui pro Tutore, prove Curatore negotia geſſit, nec non Quod falſo Tutore Autore geſtum, eſſe dicatur.

VEri *Tutoris* deſcriptio omnibus nota eſt, dicitur ſcilicet talis, qui *prævia Magiſtratus confirmatione* (nam ea hodie indiſtincte requiritur, ut ſupra vidimus) adminiſtrationem Tutelæ in ſe recepit. *Protutor* e contrario dicitur, qui tutelam tanquam Tutor adminiſtrat bona fide, v. g. ſi quis erronee crederet, ſe eſſe proximum Agnatum pupilli, vel etiam qui ſciens, ſe tutorem non eſſe, tamen absque maligno animo res pupillares adminiſtrat, *l. 1. §. 1. ff. de eo, qui pro tutor.*

Tutoris & protutoris hactenus eadem eſt ratio, quod uterque res pupilli inſtar boni patrisfamilias adminiſtrare & damna illata reſarcire teneatur, *l. 4. ff. d. t.* In eo tamen adhuc eſt differentia, quod Tutor ſtatim a tempore *ſuſcipiendæ*, Protutor autem a tem-

pore

pore *ſuſcepta* tutelæ demum obligetur: Tutor pro lubitu *tutelam deponere* non poteſt, bene tamen Protutor, ſi modo neceſſarios pupilli certiores facit, ut ipſi Tutorem petant: Tutor de omnibus negotiis tenetur, *ſive ſint connexa, ſive non*: Protutor ſaltem de connexis, niſi alius reliqua etiam geſturus fuiſſet, *l. 1.* §. *9. ff. h. t.*

De jure Romano uſus in eo quoque conſpiciebatur, quod cum Protutore etiam ante pubertatem agi poterat, non autem cum tutore, *l. 1.* §. *3. ff. eod.* Verum poſtquam Tutores hodie propter *Ordin. Polit. de An. 1577. tit. 32.* ſingulis annis rationes reddere tenentur, & ſic quoque ſingulis annis ante pubertatem cum ipſis agi poteſt, differentia illa ſine dubio corruit.

Protutores hodie adhuc dari certum eſt. Quamvis enim Leges publicæ velint, ne quis tutelæ munus, niſi ex decreto Magiſtratus ſuſcipiat, quod objicit Dn. Beyer *Poſ. ff. h. t.* Leges tamen eædem non prohibent, quo minus quis b. f. ad tempus aliquod, præcipue ſi Tutor nondum conſtitutus eſt, commodum pupillorum gerendo protutelam promoveat.

Falſus Tutor à Protutore ex diverſa intentione diſtinguitur. *Protutor*, prout hac-

tenus

tenus dictum, fovet intentionem, omnia ex bono & æquo expediendi; at *falſus Tutor* eo animo ad negotia pupilli accedit, ut vel pupillum ipſum, vel alios, qui cum pupillo ejus autoritatem ſecuti contraxerunt, decipiat, *v. l. 11. §. 2. & l. 12. ff. quod falſ. Tutor.* Ergo ex facto *Protutoris* heredes etiam conveniri poſſunt, non autem ex facto *falſi Tutoris*, quia ille ex conventione, hic autem ex delicto obligatur, *v. l. 9. §. 1. ff. quod falſ. Tutor. autor.*

Lib. XXVII. Tit. VII.

De Fideiuſſoribus & Nominatoribus & Heredibus Tutorum & Curatorum.

DIST. I.

Inter Fidejuſſores *Tutorum & aliorum contrahentium.*

OMnino cavendum eſt, ne quis ea, quæ de fidejuſſoribus in genere diſponuntur, ad illos, qui pro Tutoribus prove Curatoribus fidem ſuam interponunt, vel interpoſuiſſe cenſentur, promiſcue applicet. Scilicet fidejuſſio in dubio nunquam

quam præſumitur, quia eſt obligatio alterius favorem reſpiciens, & proinde, licet quis dicat, quod me fidejuſſorem ſuum conſtituere velit, & ego taceam, taciturnitas tamen mea mihi neutiquam præjudicat, quia tacui ſalvo jure meo. Brocardicum enim: *qui tacet, conſentire videtur*, non eſt univerſale, ut Deo volente aliquando ex fontibus Legum civilium oſtendetur. Enim vero in materia Tutelæ ita diſponit *l. 4. §. f. ff. h. t.* Fidejuſſores, inquit, à Tutoribus nominati ſi præſentes fuerunt & non contradixerunt & nomina ſua referri in acta publica paſſi ſunt: æquum eſt, perinde teneri, atque ſi jure legitimo ſtipulatio interpoſita fuiſſet.

Fidejuſſores alias beneficio diviſionis gaudent, prout notum eſt; ſed fidejuſſores Tutorum, ſi pupillus eos convenit, hoc beneficio deſtituuntur, *l. f. ff. rem pupill. vel adoleſcent. ſalv. for.*

Fidejuſſoribus alias exceptio ordinis, ſive excuſſionis competit, ſi Creditor eos primo loco, non excuſſo ante debitore principali, convenire velit; aſt fidejuſſoribus Tutorum hæc quoque exceptio denegatur in *l. 1. C. h. t.* Video quidem, D D. aſſerere, quod hodie etiam hiſce illud beneficium non ſit denegandum ob *Nov. 4. c. 1.* ſed audirem libenter, quid reſponſuri eſſent, ſi iisdem oppone-

Poneretur principium ab omnibus adprobatum : *Jura ſingularia non tolli per leges ſubſequentes generales.* Quod enim *d. Nov. 4.* de fidejuſſoribus Tutorum in ſpecie mentionem non injiciat, ſed generaliter ſaltem de fidejuſſoribus loquatur, verba ejusdem ita clare innuunt, ut probatione aliqua non indigeant.

Lib. XXXI. Tit. II. & III.

De Curatoribus & Cura.

DIST. I.

Inter *Tutores* & *Curatores.*

Quamvis Vocabulo Germanico der Vormünder & Tutores & Curatores denotentur, ac præterea, qui Tutor fuit durante pupillari ætate, plerumque etiam Curam gerere ſoleat in adoleſcentia, vel minorennitate: item, quamvis minorennis non minus conſenſum Curatoris, quam pupillus autoritatem Tutoris in adminiſtrandis rebus ſuis adhibere debeat, adeo, ut altero deficiente negotium ſit nullum, & ſic videri poſſet, Tutores & Curatores non niſi inani vocabulorum ſono differre; nihilomi-

hilominus tamen his omnibus non obſtantibus adhuc oſtendi poteſt, præſentem diſtinctionem noſtram utilitate ſua non eſſe deſtitutam.

Scilicet quando dicunt, Tutorem principaliter dari perſonæ, minus principaliter bonis: e contrario autem curatorem primario circa bona minoris & ſecundario ſaltem circa perſonam minoris verſari, tunc exinde quæſtio practica deciſionem capit: *quis Judex in conſtituendo Tutore, vel Curatore, pro competente reputetur?* A potiori faciendam eſſe denominationem, & dignius ad ſe trahere minus dignum, regula eſt ab omnibus DD. probata. Ergo ſi contingat, ut alius ſit Judex intuitu domicilii pupilli, alius intuitu bonorum ipſius, Judex domicilii, ſub quo perſona pupilli deprehenditur, ſine dubio potius jus in conſtituendo Tutore habebit, vid. Alexand. *l. 5. Conſ. 44. num. 17.* & ex multis aliis præcipue Paulus Montanus *in tr. de jure tutelarum cap. 44. num. 22. & cap. 10. in f.* quæ datio ad bona etiam ſub alio Judice ſita ſe extendit. Exceptio eſt, niſi bona in alio plane territorio ſita ſint, quo caſu Judex illius territorii providere debet pupillo, Montan. *cap. 4. num. 24.* vid. hic *doctr. ff. tit. de tut. & Curat. dat. ab his.* §. *11.* Obſervat autem Guttiretz apud Brunnem. *in Comm. ad l. un. C. ubi pretant. Tut.* Judicem non debere

debere exprimere, quod Tutorem etiam ratione bonorum alibi ſitorum dare velit, tunc enim dationem fore irritam, ſed illam ratione dictorum bonorum per conſequentiam fieri & ſic tacite. Hæc de conſtitutione Tutorum. De conſtitutione Curatorum dicitur in §. 1. *f. de Curat.* quod ab eodem Judice conſtituantur, a quo tutores; ſed quoniam alias Judex domicilii cum judice rei ſitæ concurrentem jurisdictionem habet, inde & hoc caſu idem obtinere puto, ſi maxima bonorum pars alibi ſita.

Tutores apud Romanos ſtatim ab initio intervenire debebant, in negotiis pupillorum; *Curatoribus* hoc etiam ex poſtfacto licebat. Verum hoc hodie ceſſat, prout diximus *ad tit. de autor. & conſenſ. Tut. vel Curat.*

Tutores olim in teſtamento quidem conſtituebantur, non autem *Curatores*; ſed hoc iterum ceſſat, quia hodie poſt *ſæpe cit. Ordin. Polit. de A.* 1577. minorum arbitrio non amplius relictum eſt, an Curatores accipere velint, annon, ſed hoc facere inviti etiam compelluntur.

Hoc tamen adhuc hodie manſit, quod proximi cognati ad *Tutelam* quidem compellantur, quia certam ſuccedendi ſpem habent,

bent, non autem ad *Curam*, quia poſt adeptam à pupillis pubertatem illa ſpes deficit, exceptis Curatoribus prodigorum & furioſorum, & in feudalibus, v. quæ diximus ad *tit. de Legitim. Tutor. Diſt. I.*

In reliquis plerisque puto, nulla inter Tutores & Curatores erit differentia.

DISTINCTIO II.

Inter Impedimentum *animi* & *corporis*, ob quod Curator conſtituitur.

VIderi poterat ab initio, parum intereſſe, utrum propter impedimentum animi, an vero corporis conſtituatur Curator, cum utrobique idem ſit ejusdem officium eademque ubivis obligatio. Et ſane *intuitu ipſius etiam Curatoris* nihil revera intererit. Aſt intereſt tamen *intuitu ipſius, cui Curator conſtituitur*. Quæritur ſcilicet, *an aliquis invitus Curatorem accipere teneatur?* Hic, quia in adminiſtratione negotiorum civilium utrumque requiritur, animus ſc. & corpus, animus autem inſtar directoris eſt, cujus juſſum & placita exequitur corpus, exinde ſtatim conſequitur, quod *quotiescunque adeſt defectus animi, v. g. in furioſis, mente captis,*